# Wesen und Wirkungen rechtskräftiger, materiell unrichtiger Zivilurteile.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

---

## INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

**ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE**

**DER JURISTENFAKULTÄT ZU ROSTOCK**

VORGELEGT VON

**WOLFGANG STOECKERT**

Referendar aus Berlin.

---

Emil Schulz, Sommerfeld Ffo.

Referent: Herr Pr. Dr. Wachenfeld.

Meinen Eltern!

# Inhaltsübersicht.

Einleitung. § 1 S. 7.

Erster Teil: **Die Grundbegriffe.**

A. Das Urteil.

1. Wesen und Arten der Urteile im allgemeinen. § 2 S. 11.

I. Wesen:

1) Begriff des Urteils;

2) Entstehung des Urteils.

II. Arten der Urteile:

1) nach ihrer Form;

2) nach ihrem Inhalt.

2. Insbesondere die hier sog. materiell unrichtigen Urteile. § 3 S. 22.

I. Begriff im Sinne dieser Arbeit.

II. Arten:

1) einseitig unrichtige Urteile;

2) zweiseitig unrichtige Urteile.

III. Bedeutung des unrichtigen Urteils:

1) keine Nichtigkeit;

2) keine Zurücknehmbarkeit;

3) keine absolute Unmöglichkeit seiner Geltendmachung;

B. Die Wirkungen der rechtskräftigen Zivilurteile.

1. die Rechtskraft. § 4 S. 30.

I. formelle Rechtskraft.

II. materielle Rechtskraft:

1) Wesen und Wirkung;

2) Umfang.

2. Die Vollstreckbarkeit. § 5 S. 48.

I. Inhalt:

1) sie fehlt bei Feststellungsurteilen;

2) „Vollstreckung i. w. S."

3) Voraussetzungen der Vollstreckung.

II. Konstruktion:

1) Das Vollstreckungsrecht des Gläubigers;

2) die Vollstreckungspflicht des Staates;

3) abstrakte und sekundäre Natur des Vollstreckungsrechts.

Zweiter Teil: **Die Rechtsbehelfe gegen rechtskräftige unrichtige Urteile.**

A. Die ordentlichen Rechtsbehelfe.

1. Wiederaufnahmeverfahren und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. § 6 S. 53.

I. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

II. Wiederaufnahmeverfahren:
1) Die Klagen aus § 579 und § 580 Z. P. O.;
2) Voraussetzungen der Klagen;
3) Wiederaufnahmeverfahren bei unrichtigen Urteilen.
2. Die Klage aus § 767 Z P. O. **§ 7** S. 58.
I. Wesen und Inhalt:
1) Voraussetzungen;
2) Ziel;
3) Vollstreckungsgegenklage und Feststellungsklage.
II. Vollstreckungsgegenklage und unrichtiges Urteil:
1) gutgläubige Vollstreckung;
2) dolose Vollstreckung;
3) Vollstreckung entgegen der Abrede nicht zu vollstrecken.
B. Ausserordentliche Rechtsbehelfe.
1. Die einzelnen Rechtsbehelfe **§ 8** S. 66.
I. Die Gründe, aus welchen die Notwendigkeit ausserprozessualer Rechtsbehelfe sich ergeben soll.
II. Rechtsbehelfe, die die Entstehung des durch ein unrichtiges Urteil verursachten Schadens verhindern könnten
1) Notwehr gegenüber der Vollstreckung;

2) Unterlassungsklage;
3) Einstweilige Verfügung.

III. Rechtsbehelfe, welche den entstandenen Schaden wieder ausgleichen könnten:
1) Bereicherungsklage.
2) Klage aus unerlaubter Handlung, welche gefunden wird,
a) in der dolosen Benutzung,
b) in der dolosen Erwirkung des unrichtigen Urteils.
c) die in Betracht kommenden Klagen: § 823 II und die actio doli aus § 826. B.G.B.

C. Insbesondere die Klage aus § 826 BGB. **§ 9** S. 78.

I. Die Klage ist unbegründet; denn:
1) liegt kein Vermögensschaden vor,
2) liegt in der Vollstreckung kein sittenwidriges Verhalten.

II. Die Klage ist formell unzulässig:
1) Ihre Zulässigkeit steht im Widerspruch mit den Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren und
2) dem Art. 32 E. G. B. G. B.

III. Die Klage verstösst gegen die Rechtskraft:

1) Ansicht des Reichsgerichts;
2) Widersprüche in der Beweisführung des Reichsgerichts;
3) Des „Zessieren" der Rechtskraft;
4) Die Theorie des Reichsgerichts ist unvereinbar mit der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie;
5) actio doli und condictio indebiti;
6) Es fehlt an einem Rechtsgrund für die Reichsgerichtstheorie.

IV. Ergebnis.

Literaturverzeichnis. S. 100.

## § 1 Einleitung.

### (Problemstellung. Gang und Darstellung.)

Die gesamte Staatstätigkeit lässt sich in zwei Erscheinungsformen zusammenfassen: in Regelsetzung und Regelanwendung. Den weitaus grösseren Umfang hat die zweite dieser Tätigkeitsformen, die Regelanwendung; sie äussert sich in der Rechtsprechung einerseits, der Verwaltung (im weitesten Sinne) andrerseits. Die Rechtsprechung schafft die Grundlagen für eine friedliche, geordnete Verwaltung, indem sie die durch entstandene Streitigkeiten verursachten Störungen immer von neuem beseitigt und damit der Verwaltungstätigkeit die Wege ebnet. Die streitentscheidende (rechtsprechende) Staatstätigkeit bildet insofern eine notwendige Voraussetzung der in der Verwaltung sich äussernden staatlichen Machtentfaltung, sie gehört zu den Hauptaufgaben jeder Staatstätigkeit, nicht deshalb, weil ohne staatliche Mitwirkung eine Streitentscheidung nicht möglich wäre, aber deshalb, weil nur unter Voraussetzung dieser Mitwirkung ein wirkliches Gebundensein der streitenden Parteien, ein endgültiger Frieden innerhalb des staatlichen Gemeinwesens garantiert werden kann. Das Moment des Zwanges ist das wesentliche einer jeden staatlichen Mitwirkung; in der Person des Richters tritt der Staat als Schützer der Rechtsordnung sichtbar in Erscheinung.

Die streitentscheidende Staatstätigkeit äussert sich in der Form der Verfügung, des Beschlusses und des Urteils. Während die Verfügung vorbereitenden Charakter hat, verfolgt das Urteil regelmässig den Zweck, den Rechtsstreit qualitativ (Zwischenurteile) oder quantitativ (Teil-, Vollurteile) zu einem gewissen Abschluss zu bringen, während die Beschlüsse etwa in der Mitte zwischen Verfügung und Urteil stehen. [1]) In der vorliegenden Arbeit interessieren nur die Urteile.

Die Rechtsprechung erreicht als Regelanwendung nur dann ihren Zweck, wenn die Gesetze richtig angewendet werden, m. a. W. die Entscheidung gesetzmässig ergangen ist, wenn sie ferner in der vorgeschriebenen Form und von dem zuständigen staatlichen Organ erlassen ist. Alles dies sind Voraussetzungen dafür, dass ein Staatsakt, wie ein richterliches Urteil, fehlerlos ist. Diese Voraussetzungen sind aber nicht die einzigen. Es ist sehr wohl möglich, dass ein Staatsakt, objektiv betrachtet, gesetzmässig ergangen, aber hinsichtlich der dabei mitwirkenden Subjekte (also beim Urteil: hinsichtlich des Richters und der Parteien) fehlerhaft ist. Das Urteil kann inhaltlich eine sachlich vollkommen korrekte Entscheidung erhalten, vom zuständigen Richter und in gesetzlicher Form erlassen sein; fehlerlos ist es aber erst dann, wenn auch die mitwirkenden Subjekte richtig „denken", richtig

1) Ueber die Unterschiede im einzelnen vgl. Gaupp· Vorbem. vor § 300 (S 740 f.)

„wollen“ und richtig „handeln“. [1]) Immer dann, wenn auch nur eine dieser letztgenannten Voraussetzungen fehlt, kann man mit Jellineck von „fehlerhaften“ Staatsakten, also hier von fehlerhaften Urteilen sprechen.

Die vorliegenden Untersuchungen erstrecken sich nur auf diejenigen fehlerhaften Urteile, welche infolge eines fehlerhaften Verhaltens der Parteien selbst fehlerhaft geworden sind. Sie behandeln demnach nur einen kleinen Teil der fehlerhaften Staatsakte überhaupt, die fehlerhaften Urteile, und von diesen wiederum nur diejenigen, deren Mangelhaftigkeit auf einem Parteiverhalten beruht. Endlich beschränkt sich die Darstellung auf die materiell unrichtigen Urteile, welche rechtskräftig geworden sind. Ihr Wesen und ihre Wirkungen sollen den Gegenstand der folgenden Untersuchungen bilden.

Dazu wird erforderlich sein, das Wesen, Zustandekommen und die Arten eines Urteils überhaupt zu erörtern, ferner darzutun, in welcher Gestalt die hier behandelten „unrichtigen“ Urteile auftreten, endlich, welche Wirkungen einem rechtskräftigen Urteil regelmässig zukommen. Hierbei bedarf es einer eingehenden Erörterung des Wesens und der Wirkung der Rechtskraft sowie der Vollstreckbarkeit der Urteile.

Erst nachdem diese grundlegenden Begriffe klargestellt sind, wird man in den zweiten Teil dieser Erörterungen eintreten können, der sich mit der Frage

1) Jellineck a. a. O S. 43.

beschäftigt, ob sich die Wirkungen dieser unrichtigen Urteile, eben im Hinblick auf ihre materielle Unrichtigkeit, beim Versagen der ordentlichen gesetzlichen Rechtsbehelfe durch etwaige ausserordentliche Rechtsbehelfe beseitigen lassen, ob es insbesondere ein „Zessieren der Rechtskraft“ 1) gibt und geben kann.

1) Ueber diesen Begriff vgl. u. § 9 III, 3 ff.

Erster Teil.

# Die Grundbegriffe.

## A. Das Urteil.

## § 2.

### 1. Wesen und Arten der Urteile im allgemeinen.

I. Wesen.

1) Das Urteil ist eine Staatswillenserklärung, durch welche ein Rechtsstreit auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung ganz oder teilweise für eine Instanz erledigt und entschieden wird. Zum Wesen eines Urteils gehört demnach, dass der Staat seinen ernstlichen Willen kundgibt durch bestimmte staatliche Organe. Diese Organe sind bei den hier in Frage kommenden Zivilurteilen die ordentlichen Gerichte. Daher sind keine Urteile die Entscheidungen des nicht-staatlichen Schiedsrichters, der vielmehr einen Schiedsspruch erlässt. Die Gerichte als staatliche Organe geben, wie bereits erwähnt, noch andere Willenserklärungen als Urteile ab, insbesondere Beschlüsse. Von diesen unterscheiden sich die Urteile äusserlich durch ihre feierliche Form: nur sie bezeichnen sich in der Formel „Im Namen des Königs“ u. s. w. selbst als Willensäusserungen des Staates. Diese Willenserklärungen stellen sich zivilistisch

dar als einseitige empfangsbedürftige Erklärungen, empfangsbedürftig insofern, als sie zwar schon mit ihrer Verkündung existent sind, in ihrem Wirksamwerden aber von ihrem Zugehen bei den Parteien (mit der Zustellung) abhängig sind, Willenserklärungen, die sich ihrem inneren Wesen nach von den gleichartigen des Zivilrechts an sich nicht unterscheiden. Jedoch handelt es sich bei ihnen — was von vornherein zu betonen ist — nicht, wie dort, um Rechtsgeschäfte, d. h. Erklärungen der Staatsbürger unter einander innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, sondern um Staatsakte, die ausgehen von dem souveränen Rechtssubjekt Staat und sich lediglich richten an Private, die hier als Untertanen in Erscheinung treten. Die Urteile gehören daher ihrem Wesen nach einer besonderen Kategorie des Rechts, dem öffentlichen Rechte an und unterliegen aus diesem Grunde, wie sich herausstellen wird, in mancher Beziehung anderen Regeln.

2) Sie gehören auch ihrer Entstehungsart nach dem öffentlichen Recht an. Jedes Urteil entsteht auf Grund staatlichen Willens, niemals auf Grund Parteiwillens. Dieser letztere gibt lediglich den Anstoss zu der Willensäusserung des Staates. An sich ist es sehr wohl denkbar, dass der Staat aus eigenem Antrieb von seiner, ihm kraft seiner Bestimmung zukommenden regelanwendenden Tätigkeit Gebrauch macht, dass er ex officio nur überall dort, wo die ruhige Fortentwickelung des Staatszwecks und der Staatseinrichtungen

durch eine rechtliche Ungewissheit gefährdet werden, mit seiner Macht eingreift und dort seinen Willen durch ein Urteil kundgibt. Dass dies nur in den wenigen Fällen, in denen wir im Zivilprozess noch die Offizialmaxime haben, geschieht, hat seinen Grund darin, dass der Staat seinen helfenden Arm von selbst nur in den dringendsten, den Staatsbestand am meisten gefährdenden Momenten leiht, beispielsweise dort, wo es sich darum handelt, die Grundlage des Staates, die Familie zu erhalten (also in Ehe- und Personenstandssachen). Es würde eine Vergeudung von Kräften, Kosten und Zeit bedeuten, wenn man jeden noch so geringwertigen Fall bestehender Rechtsunsicherheit vor die Schranken des Grichts ziehen müsste. Das ist der Grund dafür, dass der Staat seinen Willen, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, nur in den genannten Ausnahmefällen von selbst äussert, es im übrigen aber den Untertanen überlässt, die Willenskundgebung selbst zu veranlassen, wenn ihnen staatliche Hilfe erforderlich erscheint.

a) Hieraus ergibt sich die für das Wesen des Prozesses und des Urteils grundlegende Tatsache, dass alle Handlungen der Parteien im Zivilprozess, von dem Aufsetzen der Klagschrift an bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteil, nur darauf abzielen, den Staat zur Aeusserung seines autoriativen Willens zu veranlassen, dass mithin alle ihre Kundgebungen sich an den Richter wenden. Die Parteien treten im Prozess

zu einander in keine Beziehungen. Hieraus ergibt sich, dass der Prozess jedenfalls nicht als Rechtsverhältnis unter den Parteien aufzufassen ist. [1]) Prozessieren bedeutet nicht ein Verhandeln vor dem Richter nach Art des Kontrahierens im Zivilrecht, und Prozessführung ist keineswegs, wie Endemann annimmt, [2]) „eine Art rechtlicher Verfügung über einen Gegenstand." Der Prozess ist aber auch kein Rechtsverhältnis zwischen beiden Parteien und dem Gericht, wie Wach [3]) und Bülow [4]) annehmen, eben weil die Parteien im Prozess zu einander in keine rechtliche Beziehung treten. Der Prozess ist r. A. n. ein rechtlich geordnetes Verhältnis zwischen dem Staat und jeder der Parteien und zwar ein [5]) rein publistisches Rechtsverhältnis [6]) [7])

b) Von dieser Grundauffassung ausgehend muss man das Urteil als das Ergebnis des Prozessierens, als eine Staatswillenserklärung mit ausschliesslich publizistischer Wirkung auffassen, nicht etwa als ein dem zivilistischen Vertragsergebnis (etwa dem perfekten

1) So Kohler: Prozess S. 6, 93.

2) a. a. O. Bd. 3 § 42 Note 11.

3) Lehrbuch Bd. 1 § 4, V.

4) Lehre von den Prozesseinreden S. 1 ff.

5) Nicht liegen im Prozess — wie Skedl a. a. O. S. 86 Note 13 meint — mehrere sich dauernd verändernde Rechtsverhältnisse vor.

6) Hellwig: Klagmöglichkeit § 10 III.

7) Die Arbeit steht auf dem Standpunkt der hier nicht näher zu erörternden Theorie vom Rechtsschutzanspruch, vgl. Langheineken a. a. O; Hellwig, Anspruch S. 145 ff.

Kauf) ähnliches Gebilde [1]. Das Urteil ist veranlasst von Privatpersonen, hat in der Regel Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstand, ist aber nicht etwa ein Ersatz für Privatwillenserklärungen, sondern ein Akt des öffentlichen Rechts, enthaltend die autentische Deklaration des Staats [2] „dass etwas ist", vergleichbar dem Gesetz. „Es ist das für den entschiedenen Fall massgebende Gesetz", [3] es gilt wie das objektive Recht. [4] Es ist aber nicht ein Gesetz im technischen Sinne; von diesem unterscheidet es sich nach Entstehung, Zweck und Wirkung: Gesetz ist nur der Staatsakt, der auf dem Willen der gesetzgebenden Faktoren beruht. Das Urteil beruht — das hat es mit dem Gesetz gemeinsam — auf dem Willen des Staates, wird aber deklariert von besonderen Staatsorganen. Das Gesetz bezweckt Regelsetzung, das Urteil Regelanwendung. Endlich schafft das Gesetz ius inter omnes in jedem Falle und in seinem ganzen Umfange, es wendet sich gebietend oder verbietend an die Allgemeinheit. Das Urteil wendet sich nur an die beteiligten Personen; es konstituiert nicht etwas, was künftig sein soll, sondern deklariert, was ist, und diese Deklaration wirkt grundsätzlich nur inter partes (vgl. näher unter III).

1) Engelmann, a. a. O., Bd. 1. S. 190.

2) H. A., z. B. Wach Z. 32 S 5, Hellwig, Klagmögl. S 88 Pagenstecher Rkr. S. 303.

3) so Förster, Kommentar Note 1 zu § 322.

4) Matthiass, Lehrbuch S. 168 bei III.

Inhalt dieser Deklaration ist nur das, was der Staat deklariert wissen will, nicht, was die Parteien wollen. Der Staat ist nie verpflichtet, etwas kraft seiner Autorität zu sanktionieren, was sich seine Untertanen zu eigenem Nutzen oder zum Schaden anderer zurecht gelegt haben. Das Rechtssprichwort iudex iudicet secundum probata et allegata partium ist lediglich als eine Weisung an den Richter zu verstehen, nicht mehr zu entscheiden, als die Parteien entschieden haben wollen, nicht aber so zu handeln, wie die Parteien es wünschen. Das ist zweifellos der Fall, wenn die Parteien im ehrlichen Kampf mit einander prozessieren. Es scheint anders zu sein, falls sie im gegenseitigen Einverständnis das Prozessergebnis zu beeinflussen suchen, indem sie etwa fingierte Tatsachen zugestehen, nicht bestehende Ansprüche anerkennen oder auf Scheinansprüche verzichten. In diesen Fällen muss der Richter seine Entscheidung entsprechend diesem Parteiverhalten treffen, nicht weil verzichtet, anerkannt, zugestanden wurde, also etwa weil die Parteien diese Rechtsfolge herbeiführen konnten, sondern weil hier das Gesetz dem Richter beim Vorliegen solcher Prozesshandlungen eine solche Entscheidung zu fällen anbefiehlt. Er muss so und nicht anders entscheiden, weil das Gesetz es will; ob die Parteien den Erfolg, den das Gesetz infolge ihres Verhaltens eintreten lässt, erntlich gewollt haben oder nicht, ist gleichgiltig; er tritt ein, auch wenn die Parteien ihn nicht erwarteten.

Hieraus ergibt sich der weitere Satz, dass die einzelnen Prozesshandlungen der Parteien nur Bausteine zu dem Gesamtwerk, zu dem, was das Urteil schafft, sind, dass sie für sich allein keine oder nur untergeordnete Bedeutung haben. Jede Prozesshandlung wirkt als solche nur in der Richtung auf das Urteil, dessen Zustandekommen sie ermöglichen soll. [1]) Daraus folgt, dass die Prozesshandlungen verschieden sind von den Willenserklärungen des Privatrechts, deren jede eine besondere Bedeutung hat, dass die Prozesserklärungen nicht wie jene mangels Ernstlichkeit nichtig oder wegen Irrtums, Zwanges, Betruges anfechtbar sind — sofern nicht das Gesetz, wie beim Geständnis (§ 290 Z. P. O.), eine solche Beseitigung ausdrücklich ermöglicht —. Die Aufgabe einer jeden Prozesshandlung ist insofern, als sie auf das Urteil sich richtet, lediglich eine vorbereitende. 2) Eine Prozesserklärung ist zwar die Erklärung einer Privatperson, ihr Adressat ist jedoch nicht ein gleichgestellter Privater, sondern der allen übergeordnete Staat. Damit gehören sie ihrer Natur nach zu den Erklärungen des öffentlichen Rechts, wie beispielsweise ein Gesuch um Natnralisation.

Die gegnerische Ansicht, deren Hauptvertreter Kohler ist, 3) welche ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien konstruiert und in den Prozess-

1) Bülow: Geständnisrecht S. 75.
2) Bülow, ebenda S. 78 ff.
3) vgl. besonders: Prozess § 2.

handlungen „prozessuale Rechtsgeschäfte“ 1) sieht, verwechselt scheinbar zweierlei mit einander, nämlich dass die Erklärungen einer Partei ihrem Inhalte nach denen des Gegners widersprechen müssen, dass sie indessen sich nicht gegen diesen richten, sondern nur Hilfsmaterial in eigener Sache darstellen; nicht damit der Gegner unterliege, macht die Partei Einwendungen, sondern damit sie obsiege (oder was dasselbe bedeutet, nicht besiegt werde). Dass dies kein Spiel mit Worten ist, ergibt die Ueberlegung, dass der Prozess nicht staatlich erlaubte Selbsthilfe, sondern gesetzlich normierte Staatshilfe ist. Der moderne Staat sucht gerade im Interesse der wirtschaftlich Schwachen jede Selbsthilfe möglichst auszuschliessen und gibt nicht etwa Regeln, nach denen dieser Kampf der Parteien mit einander vor dem Richter und über dem Richterstuhl hinweg 2) ausgefochten werden kann. Deswegen ist das Urteil nicht das von den Gegnern willkürlich zu gestaltende Kampfesergebnis. Vor Gericht kämpfen die Parteien mit einander überhaupt nicht, sondern jede nur für sich, für ihr behauptetes Recht, das des staatlichen Schutzes bedürftig sei, oder gegen ein behauptetes Recht. Gegen die andere Partei wird die eine überhaupt nur tätig, indem sie mit der Klageerhebung den Staat um Rechtsschutz angeht, den zu gewähren er ihr gegenüber wegen ihres

1) Kohler, Z. 29 S. 34.
2) Kohler, Encykl § 31.

Rechtsschutzanspruches verpflichtet ist. Diese ungünstige Einwirkung auf den Gegner ist indessen nur eine mittelbare, auf dem Umwege über den Richter. Zu einem Rechtsverhältnis gehört aber, dass zwei Rechtssubjekte in unmittelbare Beziehungen zu einander treten. Während des Prozesses ringt jede Partei in eigener Sache um den Sieg. Dieses Ringen ist allerdings der Anlass für eine Urteilsfällung überhaupt, ohne das diese nicht erfolgen würde. Aber das gefällte Urteil ist nicht das Ergebnis dieses Ringens des Einzelnen. Nicht die Parteien verwirklichen (im Urteil) das beanspruchte Privatrecht unter passiver Assistenz des Richters — auch nicht wenn sie im gegenseitigen Einverständnis unrichtig prozessieren, s. u. — sondern das Recht wird unter aktiver Assistenz des Richters unter Schutz gestellt. Das Urteil beruht nur und allein auf dem Willen des Staates. Dieses Ergebnis wird von Bedeutung bei der Beurteilung unrichtiger Urteile (unten § 3).

II. Die so nach Wesen und Zustandekommen charakterisierten Urteile lassen sich nach Form und Inhalt gruppieren.

a) Ihrer Form nach zerfallen sie in Endurteile und Zwischenurteile, je nachdem der Prozessstoff vollständig (Vollurteile) oder teilweise (Teilurteile) in der Instanz seine Erledigung findet und in der Hauptsache entschieden wird (§ 300 Z. P. O.), oder nur Unterfragen entschieden werden, die den Rechtsstoff unmittelbar

nicht berühren, sondern die Entscheidung nur mittelbar beeinflussen (z. B. die Entscheidung über einzelne selbstständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel, oder die Vorentscheidung über den Grund eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs §§ 303, 304 Z.P.O., und sonst). Von diesen beiden Arten kommen für die vorliegenden Untersuchungen lediglich die Endurteile (nicht die Zwischenurteile) in Betracht, da nur sie der Rechtskraft fähig sind (vgl. unter § 4).

b) Ihrem Inhalte nach unterscheidet man gewönlich drei Arten von Uteilen: solche, welche die Verurteilung zu einer Leistung, solche, die eine Feststellung und solche, die eine Rechtsänderung enthalten. [1])

Man bezeichnet die Urteile danach als Leistungs-, Feststellungsurteile und Gestaltungsurteile. Nur die letzteren haben unbestrittenermassen die Eigentümlichkeit, ein Privatrecht zur Entstehung kommen zu lassen. also Recht zu schaffen, sobald die Rechtskraft eingetreten ist, bezw. Recht erlöschen zu lassen. Gegenstand dieser Urteile sind in der Hauptsache Personenrechte und zwar solche, die eine Rechtsänderung im positiven oder negativen Sinne bezwecken, so das Recht auf Ehescheidung, auf Entmündigung. Hier ist zur Rechtsänderung (Scheidung, Entmündigung) ein Urteil erforderlich wie etwa bei der Eigentumsänderung an Grundstücken die Auflassung. Die Voraussetzung für

1) H. A. vgl. Gaupp Bem. II zu § 253, (S. 578 ff) Hellwig Lehrbuch Bd. I § 9 II S. 45 ff.

den Erlass eines konstitutiven Urteils bildet in allen Fällen die Existenz eines privaten (dem andern Teil gegenüber bestehenden, [1]) aber klageweise geltend zu machenden) Rechts auf Rechtsänderung, d. h. auf Schaffung eines neuen oder Aufhebung eines bestehenden Rechts. Wird das Rechtsgestaltungsurteil erlassen und hat es Rechtskraft erlangt, so ist damit das vorher bestehende Privatrecht auf Rechtsänderung erfüllt und infolgedessen erloschen. [2])

III. Alle drei Arten von Urteilen (verurteilende, feststellende und rechtsgestaltende) enthalten die autentische Deklaration „dass etwas ist", [3]) also eine Feststellung, und zwar bezogen auf den Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteil. Diesen „Feststellungsinhalt" haben zweifellos die Feststellungsurteile, deren Zweck ja diese Deklaration bildet und der sich in diesem Feststellungsinhalt erschöpft. Bei den Leistungsurteilen liegt die Feststellung darin, dass dem X zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung ein Anspruch gegen den Y zusteht; zu dieser Feststellung kommt hier noch der Leistungsbefehl (Y wird verurteilt, an den X 100 zu zahlen). Die Gestaltungsurteile endlich deklarieren, dass im fraglichen Zeitpunkt das Privatrecht auf Rechtsänderung bestanden hat. Dieses Recht hatte das Recht

1) A. A. Gaupp Bd. 1 S. 582 Note 36.
2) Hellwig. Anspruch S. 120 S. 467, Lehrbuch Bd. 1 S. 393.
3) Hellwig: im Recht 1910 S. 713 ff, bes. S 718.

auf ein dahin gehendes Urteil erzeugt. Das konstitutive Urteil andererseits enthält ausser dieser Deklaration den Anspruch über die geschehene Rechtsänderung (der für und gegen alle wirkt).

## § 3.

### 2. Insbesondere die hier sog. materiell unrichtigen Urteile.

I. Nachdem Wesen und Arten der Urteile im allgemeinen erörtert sind, ist nunmehr darzulegen, was hier unter materiell unrichtigen Urteilen verstanden werden soll, und welche Möglichkeiten für die Entstehung eines solchen Urteils sich ergeben. Wie oben dargelegt, beschränkt sich die Darstellung auf diejenigen rechtskräftigen Urteile, deren Fehlerhaftigkeit als Folge fehlerhaften Parteiverhaltens anzusehen ist. Diese fehlerhaften Urteile werden hier als „unrichtige" bezeichnet, weil sie sich, infolge der bestehenden Diskrepanz zwischen ihrem Inhalt und der historischen Wahrheit, [1]) objektiv mit der materiellen Rechtslage nicht decken, und zwar ohne subjektiv infolge unrichtiger Anwendung oder Nichtbeachtung der Gesetze seitens des Richters fehlerhaft geworden zu sein. Ohne stichhaltigen Grund meint Bülow, [2]) ein dem aussergewöhnlichen Tatbestande widersprechendes Urteil

1) Wach: Z. 32 S. 32.
2) Z. 31 S. 243.

sei „das allein richtige", und man dürfe deshalb von unrichtigen Urteilen garnicht sprechen. [1]) Zu einer solchen Fiktion, nach der jedes Urteil als das allein richtige anzusehen sei, findet sich im Gesetz keine Stütze. Im Gegenteil kennt das Gesetz selbst Fälle, in denen ein Rechtsstreit „unrichtig entschieden" sein kann (vgl. §§ 68, 74 Z. P. O.). Höchstens soviel ist zuzugeben, dass der Richter in diesen Fällen insofern richtig entscheidet, als er lediglich nach Massgabe des vorgebrachten Prozessstoffes zu urteilen hat. [2]) Darum bleibt objektiv das Urteil doch ein „unrichtiges"; ob es deshalb auch als ein „ungerechtes" zu bezeichnen ist, ist eine andere Frage. Trotz untadeligen Verhaltens des Richters wird das Urteil fehlerhaft, wenn nicht „auch die Behauptungen und sonstigen Erklärungen des mitwirkenden Untertans (also der Parteien) fehlerlos" sind. [3])

II. Es fragt sich nun, in welcher Weise diese Behauptungen und Erklärungen, überhaupt das gesamte Verhalten der Parteien im Prozessbetrieb fehlerhaft werden können. Die Unrichtigkeit des Urteils kann eine einseitige oder eine zweiseitige sein. Einseitig ist sie dann, wenn nur eine Partei sich fehlerhaft verhält, ohne dazu von der andern veranlasst

1) Aehnlich Degenkolb a. a. O. S. 49 Note 1.
2) Hellwig a. a. O. S. 146 Note 7.
3) Jellineck a. a. O. S. 43.

zu sein; zweiseitig dann, wenn beide Parteien an der Fehlerhaftigkeit des Verhaltens beteiligt sind, sei es, dass die eine Partei die andere zu ihrem fehlerhaften Verhalten veranlasst (erschlichene Urteile), sei es dass beide Parteien im beiderseitigen Einverständnis fehlerhaft handeln (Kollusivurteile).

1) Ein einseitig unrichtiges Urteil im eben erörterten Sinne kann — optima fide des Richters und der Parteien — zustande kommen, wenn eine Partei sich irrt [1]) (sich verspricht, falsch ausdrückt), beispielsweise durch irriges Geständnis, -Nichtbestreiten einer Tatsache, -Verzicht, -Terminsversäumnis, -Anerkenntnis (§§ 188, 138II, 306, 331, 335, 307 Z. P. O.), oder sich bei Abgabe einer Prozesserklärung, ohne dass Dritte es bemerken, in einem willenlosen oder bewusstlosen Zustande oder im Zustand der Geistesgestörtheit i. S. des § 51 St. G. B. befand. In allen diesen Fällen ist das Verhalten der übrigen Prozesssubjekte möglicherweise ganz fehlerfrei. An der Unrichtigkeit des Urteils ist also nur eine Partei beteiligt [2])

2) Bei den hier sog. zweiseitig unrichtigen Urteilen tragen beide Teile zu der Unrichtigkeit bei. Hier ist ein Doppeltes möglich.

a) Das fehlerhaftes Parteiverhalten (dahin gehört auch das Unterlassen einer Prozesshandlung, die regel-

1) Kuttner a. a. O. S. 185 ff.

2) Hierher gehört auch der Fall, dass ein Dritter (also nicht der Prozessgegner) bei der Partei einen Irrtum erregt.

mässig vorgenommen werden musste) — und damit die so verursachte Unrichtigkeit des Urteils — wird veranlasst durch die Gegenpartei gegen den Willen der handelnden Partei. Die eine Partei täuscht oder bedroht die andere, sei es unmittelbar innerhalb oder ausserhalb des Prozesses, sei es mittelbar, indem sie den Richter täuscht oder belügt und damit die andere Partei zu einem fehlerhaften Tun oder Unterlassen bestimmt (z. B. Erschleichung der öffentlichen Zustellung an eine Partei, deren Aufenthaltsort bekannt ist, unter Vorspielung der falschen Tatsache, dieser sei unbekannt [1]); oder eine strafbare Handlung anderer Art (Nötigung, Meineid, [2]) Urkundenfälschung, Erpressung [3]) usw.) seitens der einen Partei schafft eine fehlerhafte Urteilsgrundlage und verursacht somit den Erlass eines unrichtigen Urteils. Alle diese Fälle haben das gemeinsam, dass eine Partei den Richter entweder selbst täuscht oder den Gegner zwingt, den Richter zu täuschen. Diese Urteile, die „zum Schaden des Gegners durch Prozessbetrug in der Weise verwirkt werden, dass dem Gegner die Verteidigung gegen den bewusst rechtswidrig erhobenen Anspruch abgeschnitten werden soll und auch abgeschnitten wird“,[4]) werden als erschlichene Urteile bezeichnet.

1) E RG. 61 S. 359.
2) E RG. 46 S. 75.
3) E RG. Str. 34 S. 279.
4) E RG. 78. S. 392 ff.

b) Die zweite Möglichkeit ist die, dass die Parteien im gegenseitigen Einverständnis objektiv unrichtige Erklärungen abgeben, die der materiellen Rechtslage widersprechen, und so dem Richter eine fehlerhafte Grundlage für die zu fällende Entscheidung schaffen, entweder um sich, o h n e Dritte schädigen zu wollen, einen Scherz zu machen (z. B. um ohne jede materielle Tatsachengrundlage in einem interessanten Rechtsfall eine Entscheidung zu erhalten, um eine Wette zu gewinnen) oder um einen Dritten — meist den Staat — zu schädigen (z. B. um einen Stempel, oder die Umsatzsteuer zu sparen), oder um unangenehme Gesetzesvorschriften zu umgehen, indem durch das unrichtige Urteil der gewollte Rechtszustand verwirklicht wird. Die Parteien können auch kolludieren, überhaupt um einen Dritten zu täuschen; dieser letzten Möglichkeit entspricht im Privatrecht die Simulation (§ 117 BGB.) und man hat die aus solchem Parteiverhalten hervorgegangenen Urteile irrigerweise — wie unten näher darzulegen ist — als „simulierte Judikate" bezeichnet [1] Solche Urteile sind ebenfalls insofern erschlichene Urteile, als beide Parteien den Richter täuschen und ihn bewusst zur Fällung eines materiell unrichtigen Urteils veranlassen. Man kann diese Urteile im Gegensatz zu jenen — die unmittelbar den Gegner schädigen

1) E. RG. 36 Sr 249.

sollen — als durch Kollusion [1]) erwirkte Urteile (Kollusivurteile) bezeichnen.

III. In allen diesen Fällen der gewöhnlichen unrichtigen, der erschlichenen und der Kollusivurteile wird die Entscheidung trotz richtiger Gesetzesanwendung durch den Richter materiell unrichtig. Es ergibt sich nun die Frage, welche Bedeutung der Unrichtigkeit des Urteils beizumessen ist, ob ein unrichtiges Urteil ebenso zu behandeln und zu beurteilen ist wie ein fehlerfreies rechtskräftiges Urteil oder nicht.

1) Man könnte zu der Auffassung kommen, dass das Urteil bei einer Fehlerhaftigkeit einer einzelnen Prozesshandlung, durch die es verursacht oder wenigstens mitverursacht ist, nicht mehr als vollgiltige fehlerlose Staatswillenserklärung zu betrachten, sondern seiner Mangelhaftigkeit entsprechend wie jede mangelhafte privatrechtliche Willenserklärung geringer zu bewerten sei. Man könnte entsprechend der Terminologie des BGB., das nichtige, anfechtbare und unwirksame Willenserklärungen kennt, verschiedene Grade der Minderwertigkeit eines Urteils annehmen. Nun hat sich ergeben, dass schon die Prozesshandlungen als publizistische Akte anders zu behandeln sind als Privaterklärungen, dass sie regelmässig selbständig weder nichtig noch anfechtbar sind. Das gleiche gilt von ihrem Ergebnis, dem Urteil, in dem die einzelnen Parteihandlungen erst eine selbständige Bedeutung

1) Mendelssohn a. a. O. S. 357.

gewinnen, indem jede Partei das Urteil wegen dieser Einzelhandlungen anfechten kann, wenn und soweit das Gesetz dies zulässt. Keine Prozesshandlung, soweit sie nur ernstlich als solche gemeint und von der richtigen Prozesspartei in gehöriger Form ausgeht, darf als ungeschehen betracht werden, mag sie auch noch so mangelhaft sein, sondern sie hat ihre Wirkung, bis sie formell wieder beseitigt ist. Dasselbe ist vom Urteil zu sagen: sobald es von einem Richter in gehöriger Form und ernst gemeint erlassen und so in die Erscheinung getreten ist [1] (also mit der Verkündung), besteht es in der Welt, ohne Rücksicht darauf, ob etwa einzelne Parteierklärungen fehlerhaft waren. Daraus folgt, dass es keine absolut nichtigen Urteile gibt, [2] also auch nicht unrichtige nichtige Urteile. Beim Schweigen des Gesetzes ist die Wirksamkeit auch des schlechthin irrigen Urteils die Regel. [3]

2) Das unrichtige Urteil ist auch nicht zurücknehmbar; auch in ihm hat der Staat Recht gesprochen; er kann das einmal gesprochene Wort, sobald es Form gewonnen hat, nicht als ungesprochen ansehen (eine solche Fiktion findet im Gesetz keine Stütze) noch formlos zurücknehmen. Ein solcher einseitiger Widerruf würde jeden, der das Urteil mühevoll erstritten

1) Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so liegt ein Nicht-Urteil vor. Vgl. darüber Michel a. a. O. S. 60

2) A. A. Sintenes: Z. 30. S. 418, Leyserson: B. Arch. 17 S. 119, Kohler: Encykl. § 72, E. RG. 36 S. 249.

3) Jellineck a. a. O. S. 104/5.

und jeden unbeteiligten Dritten, zu dessen Gunsten das Urteil wirkt, der Gefahr aussetzen, dass das Erstrittene ohne sein Zutun durch einseitigen Staatsakt plötzlich ungeschehen gemacht und null und nichtig werden könnte. Damit wäre genau das Gegenteil von dem erreicht, was Ziel des Prozessierens war: eine bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Hierin zeigt sich wiederum eine Aehnlichkeit des Urteils mit dem Gesetz; auch dieses ist niemals absolut nichtig und wirkt so lange, bis es formell beseitigt ist.

3) Ebenso kennt das geltende Recht auch nicht eine etwaige absolute Unmöglichkeit, ein unrichtiges rechtskräftiges Urteil geltend machen zu dürfen; die mittelalterliche sog. exceptio sub - vel obreptionis, [1]) mit der man die Nichtigkeit des erschlichenen Urteils jederzeit vor Gericht geltend machen konnte, gibt es im heutigen Recht nicht mehr. [2]) Ebenso wenig wie man die Unrichtigkeit des Urteils angriffsweise durch eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Urteils — wohl aber auf Feststellung, dass ein Nicht-Urteil vorliegt — geltend machen kann, kann dies einredeweise geschehen, eben weil das unrichtige rechtskräftige Urteil immer noch ein wirksames rechtskräftiges Urteil ist. Daraus, dass auch das unrichtige Urteil nur durch ein neues Urteil beseitigt werden kann, soweit und

---

1) vgl. darüber Kipp a. a. O. § 136 Note 7, Dernburg Pandekten § 73 S. 147, Puchta a. a. O. S. 55) oben.

2) Jellineck a. a. O. S. 107.

solange dies gesetzlich möglich ist, und bis dahin als giltiger Staatsakt besteht, folgt, dass es bis dahin auch die gleichen Wirkungen hat wie ein richtiges Urteil. Diese Folgerung bedarf näherer Begründung, weil gerade für die unrichtigen rechtskräftigen Urteile eine andere Ansicht aufgestellt worden ist auf Grund der sog. Theorie der materiellrechtlichen Rechtskraft. Es wird zu untersuchen sein, worin die Wirkungen eines Urteils bestehen, und ob das Ergebnis hinsichtlich der materiell unrichtigen Urteile zu modifizieren ist.

## B. Die Wirkungen der rechtskräftigen Zivilurteile.

### § 4.

### 1. Die Rechtskraft.

I. Die in der Urteilsfällung liegende Staatswillenserklärung ist zunächst keine endgiltige und unabänderliche. Der geordnete Rechtsgang muss den Parteien die grösstmögliche Rechtssicherheit durch Eröffnung des Instanzenweges bieten. Das Urteil muss, wenn es dem Parteiwillen nicht entspricht, und sofern die Möglichkeit unrichtiger Entscheidung noch nicht infolge mehrerer mit der Sache beschäftigter Instanzen auf ein Minimum herabgedrückt ist, abgeändert werden können. Diesem Zweck dienen die Rechtsmittel (Beschwerde, Berufung, Revision) und der gegen das Ver-

säumnisurteil gegebene Einspruch. Andererseits muss dem durch diese Anfechtungsmöglichkeit gegenüber dem Urteil geschaffenen Schwebezustand eine Grenze gesetzt werden: diese Grenze zieht die Rechtskraft. Man unterscheidet formelle und materielle Rechtskraft. Unter der formellen versteht man die Tatsache, dass ein Urteil nach Ablauf einer bestimmten Frist mit einem Rechtsmittel oder dem Einspruch nicht mehr angefochten werden kann; in dieser Tatsache äussert sich zuerst die Wirksamkeit eines Urteils, und zwar jedes Urteils (End- und Zwischenurteils): es ist jetzt endgiltig und unabänderlich geworden. Sie bildet die notwendige Voraussetzung für die sog. materielle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit — sofern diese nicht eine nur vorläufige ist (s. u. § 5).

II. Zu dieser faktischen Unabänderlichkeit des Urteils kommt als weitere Wirkung die materielle Rechtskraft, d. h. die Tatsache, dass jeder Zivilrichter in einem späteren Zivilprozesse über dieselbe Sache, und wenn dieselben Parteien streiten, an die im (ersten) Urteile enthaltene autentische Deklaration gebunden ist. Die materielle Rechtskraft ist eine Folge der formellen. Während aber alle Urteile formell rechtskräftig werden können, kommt die materielle Rechtskraft nur den Endurteilen [1]) (Voll- und Teilurteilen) zu und zwar auch den bedingten Endurteilen und den sog. Vorbehaltsurteilen. So zweifellos die Wirkung

1) Vgl. näher Gaupp Bem. IV, 3 zu § 322 (S. 808).

der Gebundenheit des Richters an das rechtskräftige Urteil an sich ist, so ungewiss ist der Grund für diese Erscheinung, und das Wesen der materiellen Rechtskraft gehört zu den bestrittensten Fragen des Zivilprozessrechts.

1) Man kennzeichnete die Wirkung der materiellen Rechtskraft im gemeinen Recht gewöhnlich dahin, dass in einem zweiten Rechtsstreit, in dem eadem quaestio inter easdem personas zu entscheiden sei, res iudicata „ius facit inter partes" d. h. das im ersten Prozess ergangene Urteil solle später unbedingt, wie ein ius, massgebend sein. Man gab dem Beklagten, wenn der Kläger den bereits entschiedenen Rechtsstoff nunmehr von neuem bestritt, in der exceptio rei iudicatae die Befugnis, den Richter auf die frühere Entscheidung verweisen zu dürfen. Die Rechtsparömie res iudicata ius facit inter partes wird nur verständlich, wenn man sie auf die Rechtsgestaltungsurteile, die in der Tat Recht bilden, beschränkt. Alle andern Urteile können diese Wirkung schlechthin nicht haben. Trotzdem hat man den gemeinrechtlichen Satz auf alle, auch die Leistungsurteile übertragen, indem man auch für das geltende Recht die Ansicht vindizierte, dass die ursprüngliche Leistungspflicht sich mit dem Urteil in eine obligatio iudicati verwandelt habe, dass aus dieser eine actio iudicati entspringe, welcher notwendig ein neuer Anspruch entspreche. [1]) So entstand die Theorie

1) Heldmann Z. 21. S. 473.

von der materiellrechtlichen Wirkung der Rechtskraft. Die „materielle" Rechtskraft soll, wie der Name sagt, auf das materielle Recht d. h. das Privatrechtsgebiet Einfluss haben; [1]) man übersetzte ius facit wörtlich mit „schafft bürgerliches Recht".

2) Wenn man fragt, welche Wirkung die Rechtskraft nach geltendem Reichsrecht hat, so ergibt sich, dass sich die Z. P. O. — sowie die anderen Reichsgesetze — einer ausdrücklichen Regelung des Instituts der Rechtskraft enthalten. Die Z. P. O. setzt im § 322 Abs. 1 die Rechtskraft als eine bekannte Grösse voraus. Dass das B. G. B. eine Regelung der Materie nicht gebracht haben kann, darf nicht verwunderlich sein, weil es sich hier, wie von vorn herein gesagt werden muss, um ein Institut des Prozessrechts, also des öffentlichen Rechts handelt. Wie die Prozesshandlungen und das Urteil, so ist auch die Rechtskraft als Eigenschaft des Urteils nur Gegenstand des Prozessrechts. Zwar hatte der erste Entwurf zum B. G. B. in seinem § 191 die Wirkung der m. Rechtskraft gesetzlich festlegen wollen, doch wurde diese Vorschrift in der Kommission wieder fallen gelassen, allerdings nicht mit der allein richtigen Begründung, dass eine solche Vorschrift, wenn sie überhaupt geschaffen würde, in die Z. P. O. zu verweisen sei. Man hat damit die Bestimmung des schon damals heiss umstrittenen Begriffes des materiellen Rechtskraft der Wissenschaft und Rechtsprechung über-

1) Bülow Z. 83 S. 2.

lassen. Ein solches Verfahren hatte den Vorzug, bequem zu sein, gereichte indes nicht zum Segen der Rechtssicherheit.

Angesichts dieses Rechtszustandes stehen sich auch gegenwärtig zwei Theorien gegenüber, die bereits erwähnte Theorie der materiell rechtlichen Wirkung, und die der rein publizistischen Wirkung der Rechtskraft. Die erste geht, wenigstens dem Sinne nach, von der, wie dargelegt, missverstandenen gemeinrechtlichen Parömie aus. Sie wählt zu ihrer Stütze nun nicht, wie man annehmen sollte, die regelmässigen richtigen, sondern die seltenen unrichtigen Urteile. Bei letzteren zeige sich die Richtigkeit dieser Theorie am deutlichsten: hier werde nicht vorhandenes Recht erzeugt, vorhandenes werde vernichtet; bei Forderungsurteilen werde somit der irrigerweise zugesprochene Anspruch geschaffen, der abgesprochene beseitigt. Anhänger dieser Theorie sind Pagenstecher, [1] Fitting, [2] Petersen, [3] Mendelssohn-Bartholdy. [4] Kohler sagt [5]: auch das fehlerhafte Urteil sei massgebend, „weil es einen Anspruch erzeugt

1) Rkr. S. S. 73, 222, 303 ff.

2) Lehrbuch S. 325.

3) a. a. O. I S. 651 Z. 7.

4) a. a. O. S. 426 ff. Ferner: Oertmann, der sich Z. 28 S. 187 Wach anschliesst. Schmidt: Lehrb. S. 748 f.; Weismann: Lehrb. I § 61 a. E. Wohl auch Engelmann: Lehrb. I S. 375, Neukamp: Note 5a zu § 322 a. a. O. („schafft formelles Recht").

5) Prozess S. 112.

oder zerstört," oder an einer andern Stelle: [1]) das Urteil schaffe ein Recht, das nicht vorhanden war. Auch Wach [2]) behauptet, das Urteil „könne tatsächlich Rechte geben, wo keine waren." Auch das Reichsgericht hat diesen Standpunkt wiederholt [3]) vertreten und spricht [4]) auch von der Möglichkeit, dass das unrichtige Urteil „Recht schaffe"; es komme „den auf Leistungsklage ergangenen Urteilen in Fällen, [5]) wo die Entscheidung der materiellen Rechtslage nicht entspricht, konstitutive Wirkung zu; sie schaffen in solchen Fällen Recht". [6]) In neuester Zeit ist Düringer wieder für diese Theorie eingetreten. [7]) Der geschilderten Ansicht sehr nahe — in den meisten Fällen ist die Grenze kaum zu unterscheiden, — steht eine Reihe anderer Schriftsteller, welche dem Urteil zwar regelmässig rechtschaffende Kraft absprechen — von den konstitutiven Urteilen stets abgesehen —, sie aber bei den materiell unrichtigen Urteilen annehmen zu müssen glauben. [8]) So sagt Kleinfeller: [9]) „Das irrige Urteil

1) Lehrb: I S, 216 und Encykl: S. 144; Grünhut: 33 S. 563, Z. 28 S. 8, S. 36 Note 38.

2) Vorträge: S. 134.

3) z. B. E. RG. 46 S. 355.

4) E. RG. 75 S. 215; cf. 36 S. 250/1.

5) wegen dieser Einschränkung s. weiter unten.

6) E. RG. 75 S. 215.

7) a. a. O. S. 43.

8) Dagegen wendet sich auch Wach: Z. 32 S. 5.

9) B. Bl. f. R. S. 4, besonders Lehrb. S. 240.

erzeugt, wenn es rechtskräftig ist, gegen seine Bestimmung einen neuen Anspruch.“ Aehnlich das Reichsgericht, [1]) Hölder, [2]) Fischer [3]) u. a.

Ist schon der Ausgangspunkt von den unrichtigen Urteilen, den die meisten Vertreter der geschilderten Ansicht nehmen, bedenklich, so erscheint die Theorie auch aus anderen Gründen unhaltbar. Geradezu inkonsequent ist die an letzter Stelle gekennzeichnete Meinung, die materielle Rechtskraft erzeuge materielles Recht nur bei den unrichtigen Urteilen. Es ist zuzugeben, dass die bekämpfte Auffassung auf den ersten Blick, besonders hinsichtlich der hier in Frage stehenden unrichtigen Urteile etwas für sich hat; „wenn das Urteil etwas Unwahres deklariere, solle werden, was es als existierend erkläre“. [4])

Trotzdem ist diese Theorie zurückzuweisen. Es ist oben bereits gesagt worden, dass die in jedem Urteil enthaltene Deklaration, also sein Feststellungsinhalt, inter partes wirkt, dass das Urteil nur in den seltenen Fällen der Gestaltungsurteile wirklich Rechte erzeugt. Diese rechtserzeugende Wirkung tritt ein, weil das Gesetz sie vorschreibt; sie sind m. a. W. nicht

---

1) E.R.G.S. 355.

2) Z. Archiv 93 S. 3 (die nicht bestrittene Tatsache stehe einer existierenden gleich).

3) Ebenso; Wach-Laband a. a. O. S. 15 ff; Kipp Bd. 1 § 129; Wach Z. 32 S. 5. u. a. (Vgl. auch die folgenden Noten).

4) Pagenstecher; Rechtskraft S. 303.

konstitutiv, weil sie Urteile sind, sondern weil ihnen gesetzlich diese Wirkung beigelegt ist. Eine rechterzeugende Wirkung gehört demnach nicht zum Wesen eines Urteils. Daraus folgt, dass eine Einwirkung auf das Privatrecht dem Urteil regelmässig fehlen muss und nur ausnahmsweise eintritt. Damit ist indessen noch nicht der Einwand beseitigt, dass gerade die unrichtigen Urteile eine solche Ausnahme bilden und damit die Richtigkeit der bekämpften Auffassung sich herausstellt.

Dass die unrichtigen Urteile eine solche Ausnahme nicht darstellen, ergibt sich schon daraus, dass sich im Gesetz dafür keine Stütze finden lässt, ferner indirekt daraus, dass die bekämpfte Ansicht auch in ihren Konsequenzen sich als unhaltbar erweist. Das zeigt sich vor allem, wenn man an Prozesse über dingliche Rechte oder über Erbrecht denkt. Wäre es richtig, dass ein Urteil auf das Privatrecht einwirkt, so würde beispielsweise, wenn es dem Kläger irrigerweise Eigentum zu- oder abspricht, Eigentum entstehen oder verloren gehen, ohne dass bei Grundstücken eine Auflassung erfolgt wäre. Die Parteien hätten es dann in der Hand, durch unrichtige Geständnisse usw. Formvorschriften zu umgehen, die sie ausserhalb des Prozesses befolgen müssten, deren Befolgung ihnen aber aus irgend welchen Gründen unbequem oder unmöglich wäre. Sie könnten durch unrichtiges Prozessieren Kollusivurteile hervorrufen und so ihre Rechtsverhältnisse beliebig

gestalten. [1]) Dazu kommt, dass ein solches Urteil doch regelmässig nur inter partes wirkt, für Dritte also unverbindlich wäre. [2]) Die Folge würde sein, dass z. B. doppeltes Eigentum, nämlich solches kraft Gesetzes (das nur unter den Parteien also relativ (!) wirken würde) und solches inter ceteros et partes (also absolut) entstände und gleichzeitig neben einander bestände. [3]) Führt schon hier die gegnerische Ansicht zu unannehmbaren Folgen, so gilt dies noch mehr, wenn man an Urteile denkt, die irrigerweise Erbrecht zu- oder absprechen. Sollte etwa hier Erbrecht entstehen oder untergehen, jemand Erbe werden, der es nie war noch sein kann? Sollte, um ein weiteres Beispiel anzuführen, die irrigerweise als echt festgestellte Urkunde zur echten werden? [4]) Diese Folgerung wäre genau so unrichtig, wie wenn man sagen wollte, dass jemand, der wissentlich falsch die Vaterschaft anerkennt und verurteilt wird, obwohl er der Mutter nie beigewohnt hat, durch das rechtskräftige Urteil Vater geworden sei!

Der Prozess würde bei der geltenden Verhandlungsmaxime die dem Richter jedes Forschen nach Wahrheit von amtswegen untersagt, [5]) zu einer schweren Gefahr,

1) Hellwig: Rkr. S. 14, 15, System S. 781.

2) Nur so wäre eine Rechtskraftswirkung konsequent durchgeführt. Vgl. aber unten S. 43.

3) Hellwig: Rkr. S. 15.

4) Hamburger a. a. O. S. 49.

5) vgl. Bülow: Z. 31 S. 241.

indem zwei Personen durch doloses Prozessieren Erbfolge, Eigentumsverschiebungen u. s. w. unter sich herbeiführen könnten,. die privatrechtlich unmöglich oder verboten oder zum mindesten gegen die guten Sitten verstiessen: mit richterlicher Hilfe könnten sie aus Unrecht Recht machen. Das zu ermöglichen kann aber nicht Zweck der Staatstätigkeit sein. Aus Unrecht soll zwar Recht werden, aber dem Unrecht soll nicht der Stempel des Rechts aufgedrückt werden. [1])

Alle diese unmöglichen Konsequenzen werden nur vermieden, wenn man die rein publizistische Rechtskraftswirkung zugrunde legt. Die Rechtskraft als solche bildet keinen Entstehungsgrund für Rechte [2]) und materielle Rechtskraft bedeutet keineswegs materiellrechtliche Rechtskraft. [3]) An dieser Erkenntnis dürfen auch die Motive nicht irre machen, die [4]) den materiell unrichtigen Urteilen „rechtsschöpferische Kraft" zusprechen. Als Ergebnis hat sich negativ ergeben, dass die materielle Rechtskraft jedenfalls eine Einwirkung auf das Privatrecht nicht — auch nicht bei den unrichtigen Urteilen — darstellen kann.

b) Die Wirkung der materiellen Rechtskraft besteht vielmehr ausschliesslich in der Tatsache, dass das, was im Urteile deklariert ist, in einem zweiten

1) Aehnlich Bülow Geständnisrecht S. 90.
2) Gaupp: Note II, 1 zu § 322.
3) Gaupp: eod. l. S. 806 unter III.
4) Motive zum B. G. B. I S. 369.

Zivilprozess nicht mehr bestritten werden kann. [1]) Rechtskräftig wird nur der Feststellungsinhalt [2]) des Urteils in dem oben § 2 III gekennzeichneten Sinne. Und diese Wirkung der Unbestreitbarkeit ist demnach eine wesentlich geringere, als wie sie die materiellrechtliche Theorie annimmt: sie wirkt lediglich inter partes bei eadem quaestio. Das, was deklariert wird, ist nicht einmal für den Staat unverrückbar feststehend; sondern nur unter diesen eben genannten Voraussetzungen, nur, wenn es sich um eadem quaestio inter easdem personas handelt, tritt diese Folge der Unbestreitbarkeit ein; nicht jeder Richter ist endlich an das rechtskräftig Entschiedene gebunden, sondern nur der spätere Zivilrichter. Auch hierin zeigt sich, dass kein „Recht" entstanden ist, denn dieses müsste auch der Strafrichter oder der Verwaltungsrichter anerkennen. Mendelssohn [3]) und ähnlich Förster [4]) kennzeichnen die Rechtskraftswirkung treffend als Unzulässigkeit des Widerspruchs seitens der Parteien in einem zweiten Prozess. Die Parteien — beide, Sieger und Unterlegener — können erfolgreich das Bestehen bezw. Nichtbestehen des deklarierten Rechts nicht

1) Hellwig: Rkr. S. 13, Matthiass a. a. O. S. 168, bei III B.

2) Bei Leistungsurteilen also die Feststellung der Leistungspflicht, Hellwig: Rkr, S. 5. Lehrb. I S. 45, Note 9.

3) a. a. O. S. 871.

4) Note 1 zu § 322 a. a. O.

leugnen; insoweit ist dem Abs. 1 des § 191 im ersten Entwurf zum B. G. B beizustimmen:

„Das rechtskräftige Urteil ist massgebend für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien. Das rechtskräftig Zuerkannte kann nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden."

Die Partei, die es versucht, wird damit nicht gehört. [1]) Der Richter andrerseits muss den deklarierten Rechtszustand seiner neuen Entscheidung zugrunde legen, „selbst wenn die Unrichtigkeit des ersten Urteils sonnenklar ist." [2]) Was die m. Rechtskraft „schafft" ist also nur diese „Folge der Unbestreitbarkeit." Die Urteilsfeststellung schafft insoweit Rechtsgewissheit; sie wird auch getroffen, „wenn in Wirklichkeit die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien nicht so waren, wie sie im Urteile zum Ausdruck gekommen sind." [3]) Dass der auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung abgestellte bei Leistungsurteilen ausserdem noch vorhandene Leistungsbefehl „A wird verurteilt, an B 100 zu zahlen" nicht nur inter partes wirkt, sondern eine von niemand zu bezweifelnde Tatsache [4]) ist, auf Grund deren B von A 100 fordern kann, ist bereits oben (§ 2 III) gesagt.

1) Hellwig: Rkr. S. 31, Wach-Laband: a. a. O S. 6; Seuffert: Note 1 zu § 322.

2) Hellwig: Rkr. S. 12.

3) Marcus a. a. O. S. 1.

4) Hellwig: Rkr. S. S. 28, 6.

c) Solange die Frage nach der Wirkung der mat. Rechtskraft lediglich für das Verhältnis zwischen den Parteien in Frage kommt, mag der Streit, ob die materiell unrichtigen Urteile nur die erwähnte Unbestreitbarkeitswirkung haben oder materielles Recht schaffen, müssig erscheinen, insofern als es praktisch auf dasselbe herauskommt, als der Unterlegene zahlen muss, der abgewiesene Kläger nichts erhält. Praktische Bedeutung erlangt die Frage immer dann, wenn das rechtskräftig Festgestellte für Dritte, auf welche sich die Rechtskraftswirkung nicht erstreckt, wichtig wird. Dies ist einmal der Fall, wenn absolute Rechte (Erbrecht, Eigentum usw.) irrigerweise rechtskräftig bejaht oder verneint werden, die wegen ihres absoluten Charakters inter omnes wirken. Für diese Fälle ist die praktische Bedeutung des Streits bereits oben (II 1a) dargelegt worden. Sie tritt aber auch zu Tage, wenn die relativen Forderungsrechte den Gegenstand des unrichtigen rechtskräftigen Urteils bilden und zwar dann, wenn akzessorisch das Recht oder die Pflicht eines Dritten von dem Bestehen oder Nichtbestehen des streitigen Forderungsrechtes tangiert wird. Gedacht wird hier an Fälle akzessorischer Rechte oder Pflichten wie: Bürgschaft, Pfandrecht, Rechte des Dritten bei Verträgen auf Leistung an Dritte usw. In allen diesen Fällen ist für den Dritten von grösster Wichtigkeit die Entscheidung der Frage, ob mit der Rechtskraft des unrichtigen Leistungsurteils eine Forderung zur Ent-

stehung gelangt bezw. erloschen ist oder nicht, deshalb, weil sein Recht von diesem Sachverhalt abhängt.

An sich erstreckt sich die Rechtskraftswirkung nur auf die Parteien; bei unrichtigen Urteilen soll aber nach der bekämpften Auffassung das entstehende materielle Recht ganz allgemein, für jeden, bestehen; das betreffende neu entstandene Rechtsverhältnis soll zur Zeit der Urteilsfällung unbestreitbar für jedermann zwischen den Parteien bestanden haben. [1]) Ganz allgemein ist dieser Gedanke, dass die Rechtskraft in jedem Falle — nicht nur bei unrichtigen Urteilen — inter omnes und nicht nur unter den Parteien wirke, von Mendelssohn [2]) ausgesprochen worden.

Dies vorausgeschickt mag der oben ausgesprochene Gedanke durch zwei Beispiele erläutert werden: 1. S wird durch ein unrichtiges rechtskräftiges Urteil verurteilt, an G 100 zu zahlen. Nach der gegnerischen Ansicht hat damit G gegen S eine Forderung erworben. Wenn G diese Forderung an Z zediert, so muss S dem Z gegenüber, wenn dieser gegen ihn klagt, das erste Urteil gelten lassen, obwohl die Rechtskraft sich auf Z nicht erstreckt. S kann sich gegen Z nicht wehren, weil ja die Forderung entstanden war. Nach der hier vertretenen Ansicht aber könnte S gegen Z einwenden, dass die Forderung garnicht bestand, da ja die Rechtskraft zugunsten des Dritten Z nicht wirkt und nur

1) Kohler: Prozess S. 71.
2) a. a. O. S. 303 Note 1.

zwischen G und S unbestreitbar ist, dass G von S zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung 100 fordern konnte. 2. B ist Bürge für eine Forderung des G gegen S. G klagt die Forderung ein und wird durch ein unrichtiges Urteil rechtskräftig abgewiesen. Nach der bekämpften Auffassung wäre seine Forderung damit erloschen, der Bürge B somit frei geworden, obwohl sich die Rechtskraft auf ihn nicht erstreckt! Nach der hier vertretenen Ansicht dagegen könnte sich B als Dritter nicht auf das rechtskräftige Urteil berufen, da es nur zwischen G und S wirkt: er muss zahlen. Wäre umgekehrt [1]) der Schuldner S auf Grund einer Forderung des G, gegen die er, S, aber eine Einrede hatte (Differenzeinwand, Verjährungseinrede u. s. w.), rechtskräftig verurteilt worden — z. B. durch Versäumnisurteil unter Erschleichung öffentlicher Zustellung der Ladung zum Termin —, so wäre nach der gegnerischen Theorie für den G eine einwandfreie Forderung gegen S entstanden, und wenn G nun, weil gegen S die Zwangsvollstreckung fruchtlos ausgefallen ist, gegen den Bürgen B. klagte, so würde dieser, da die Forderung entstanden ist und er auch die früheren Einreden nicht mehr geltend machen kann, zu verurteilen sein. Nach der hier vertretenen Ansicht könnte zwar S nicht bestreiten; dass G von ihm fordern kann und würde mit seinen Einreden nicht gehört, aber er hätte sie doch darum nicht verloren,

1) Diesen Fall erörtert Ahrendts a. a. O. S. 32.

und da sie ihm an sich zustehen, kann sie B (im Prozesse des G gegen B) nach § 768 BGB. sehr wohl geltend machen. Diese Beispiele zeigen, dass die Theorie der materiellrechtlichen Rechtskraftswirkung zu schweren Unbilligkeiten führen und gänzlich unbeteiligten Dritten Nachteile oder Vorteile verschaffen muss. [1]) Diese Unzuträglichkeiten werden vermieden, wenn man mit der publizistischen Rechtskraftstheorie die Wirkung lediglich in der inter partes wirkenden Unbestreitbarkeit des Feststellungsinhalts eines Urteils — und zwar auch eines materiell unrichtigen Urteils — erblickt.

2. Der Umfang dessen, was unbestreitbar wird, ergibt sich aus § 322 I Z P. O.; hiernach sind Urteile der Rechtskraft insoweit fähig, als über den — durch die Klage oder die Widerklage erhobenen — Anspruch entschieden ist. Was in diesem Zusammenhang unter „Anspruch" zu verstehen sei, ist nicht unbestritten. Zweifellos ist nur, dass es sich um eine endgiltige Entscheidung handeln muss, sodass, wie bereits gesagt, nur Endurteile der materiellen Rechtskraft fähig sind. Fraglich ist, ob unter Anspruch ein solcher im Sinne des BGB (§ 194) gemeint ist, ein Recht, „von einem Andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen", [2]) oder ob dieser Ausdruck in einem anderen, prozessualen Sinne zu verstehen ist und gleichbedeutend

1) Schmidt a. a. O. S. 762.

2) so Seuffert a. a. O. Note 8 zu § 322, Schmidt a a. O. S. 750 Wach: Vorträge S. 100.

ist mit „Rechtsbegehren", wie es im Antrage formuliert ist, sodass dieser Begriff nicht nur den bestehenden sondern auch einen bloss behaupteten Anspruch umfasst. [1]) Man wird das letztere anzunehmen haben. Dies ergibt sich schon daraus, dass nach der herrschenden Ansicht auch solche Urteile der m. Rechtskraft fähig sind, die einen Anspruch als „zur Zeit noch unbegründet" abweisen, bei denen der Anspruch demnach noch nicht existent ist. [2]) Das Gleiche gilt, wenn ein abweisendes Urteil ergeht, weil das Gericht nicht zuständig oder der Anspruch nicht rechtsschutzfähig oder -bedürftig ist; ferner werden, was fast nicht bestritten ist [3]), auch Urteile materiell rechtskräftig, bei denen es an einem Anspruch im Sinne des BGB überhaupt fehlt, die Feststellungs- und Gestaltungsurteile. Das, was Rechtskraft erlangt, ist demnach das gesamte Klagebegehren oder, um mit Gaupp zu reden [4]), die „Rechtsfolge eines Tatbestandes". Dass nicht die Urteilselemente — wie Savigny [5]) lehrte — von dem Klagbegehren [6]) in diesem Sinne mit umfasst werden, ist nach dem Wort-

1) Hellwig: Anspruch § 25.

2) Vgl. Gaupp a. a. O. IV, 1 zu § 322; E. RG 41 S. 63; 43 S. 42 ff.

3) Kohler: Prozess S 64, Langheineken: a. a. O. S. 135. Die genaue Literatur vgl. Gaupp Note 4, 2 bei § 322.

4) a. a. O. Note IV, 2 S 808.

5) System VI S. 350 ff, 429 ff, 451.

6) so nennt es auch Matthiass a. a. O. S. 168 bei III B, 1.

laut des § 322 Abs. 1 ausser Zweifel. Immerhin steht der Umfang des Klagbegehrens, das an der Rechtskraft teil nimmt, trotz der Bestimmung des § 322 nicht einwandfrei fest. R. A. n. wird nicht das nackte Klagbegehren, so wie es im Antrag steht, sondern der „Subsumtionsschluss als Ganzes" [1]) rechtskräftig. Der strenge Standpunkt, dass nur die in der Formel enthaltene Deklaration an der Rechtskraft teilnehme [2]), dürfte dem Sinne dieses Instituts nicht entsprechen; man wird vielmehr annehmen müssen, dass nicht die Deklaration der Formel, sondern diese in Verbindung mit der sinngemässen Erläuterung durch die Gründe Rechtskraft erlangt. Das ergibt sich daraus, dass sich aus den Gründen oft erst — was Dernburg hervorhebt [3]) — ein klares Bild von dem, was entschieden ist, bilden lässt. Sodann spricht auch der Wortlaut des § 322 Abs. 1 insofern für diese Auffassung, als dort nicht gesagt ist, insoweit als der Anspruch reicht, sondern: als darüber entschieden ist. [4]) Der in dieser Weise modifizierte Deklarationsinhalt des Urteils wird rechtskräftig [5]).

1) Gaupp a. a. O. Note V, 1 bei § 322.

2) Struckmann Note 2, Seuffert Note 3 (S. 523) zu § 322 u. die h. A.

3) Privatrecht I § 138 N. 7, 8 (1894) vgl. Klöppel a. a. O. S. 34, 132, Wach: Vorträge S. 142 ff. Gaupp: Bem. VII zu § 322 S. 812.

4) Mandry-Geib a. a. O. S. 188 Note 7.

5) Ein näheres Eingehen auf diese Streitfrage gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

## § 5.

### 2. Die Vollstreckbarkeit.

I. Wäre die Rechtskraft die einzige Eigenschaft eines Urteils, so würde dem Staatszweck der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung wenig gedient. Das rechtskräftige Urteil deklariert nur, was ist, stellt mithin nur fest, welches der dem Recht entsprechende Zustand zwischen den Parteien ist. Damit wäre in vielen Fällen wenig erreicht; es bedarf ferner einer Garantie für die Verwirklichung dieser im Urteil enthaltenen Deklaration.

1) Diese Durchführung ist dort überflüssig, wo die Deklaration des Urteils, wie bei den Feststellungsurteilen, Selbstzweck ist. Bei diesen ist mit dem Urteilsspruch der erstrebte Rechtszustand erreicht; [1]) es bedarf mithin keines Mittels zur seiner Durchführung.

2) Anders ist es bei den beiden übrigen Arten von Urteilen, den Gestaltungs- und Leistungsurteilen. Das Gesetz könnte auf verschiedenen Wegen seinen Zweck, den festgestellten Rechtszustand zu verwirklichen, erreichen. Es könnte dem Prozesssieger gestatten, den Zustand im Wege der Selbsthilfe sich selbst herzustellen. Dieser Weg ist aus denselben Gründen nicht gangbar, aus denen die Selbsthilfe im modernen Leben überhaupt verworfen bezw. stark eingeschränkt wird, und vom Gesetz daher nirgends einge-

1) Hellwig: Lehrbuch I S. 55 Note 73 und Anspruch S. 119, 120.

schlagen. Oder das Gesetz könnte selbst dem Urteil unmittelbare Wirkung beilegen der Art, dass das, was das Urteil deklariert, in diesem oder einem späteren Zeitpunkt vollzogenes Faktum sein soll. Diesen Weg hat das Gesetz bei den konstitutiven Urteilen, welche positiv materielles Recht schaffen, begangen. Hierin liegt allerdings „eine Machtenthaltung des Staats zum Zweck der Aenderung der bestehenden Verhältnisse." Es erscheint indessen irreführend, hier von „Zwangsvollstreckung im weiteren Sinne" 1) zu sprechen.

3. Die Gestaltungsurteile bilden, insofern als sie zugleich Recht schaffen, die Ausnahme von der Regel, dass die Urteile nur deklarieren, was ist. Die Leistungsurteile enthalten ausserdem noch den Leistungsbefehl, der das ausspricht, was werden soll. Der Realisierung dieses Soll-Zustandes dient die Vollstreckung. 2) Sie ist die zwangsweise, staatlich geregelte und beaufsichtigte Realisierung staatlich festgestellter Ansprüche und bietet die Möglichkeit, den in dem Leistungsurteil zugesprochenen Leistungsbefehl gefahrlos zu verwirklichen. Grundlage für die durch den Staat vorgenommene Vollstreckung ist regelmässig, dass der behauptete Anspruch, wegen dessen sie erfolgen soll, irgendwie staatlich an-

1) So Hellwig: Lehrbuch I S. 54, Gaupp Vorbem. II zu § 704.

2) Vollstreckung wird hier stets in diesem engeren Sinne gebraucht.

erkannt, „tituliert" ist. Zu diesen Titeln zählen die rechtskräftigen Urteile. Auch vor der Rechtskraft ist eine sog. vorläufige Vollstreckbarkeit in Gesetze vorgesehen, die meist einen Antrag voraussetzt und deren Durchführung unter Umständen, wenn das Urteil abgeändert wird, schadensersatzpflichtig macht (vgl. §§ 707, 302 Abs. 4 Z. P. O.). Das rechtskräftige Leistungsurteil ist ohne weiteres endgiltig vollstreckbar.

II. 1) Aus dem Vollstreckungstitel, hier dem rechtskräftigen Leistungsurteil, entspringt das sog. Vollstreckungsrecht, ein lediglich [1]) gegen den Staat gerichtetes, also publizistisches Recht auf staatlichen Erfüllungszwang, dessen Inhalt darin besteht, dass man „die staatlichen Organe in Bewegung setzen kann, damit durch die Entfaltung der staatlichen Macht derjenige rechtliche und tatsächliche Zustand hergestellt werde, auf dessen Herbeiführung . . . der Privatrechtsanspruch gerichtet ist" (Hellwig. [2])) Es ist also ein dem Rechtsschutzanspruch analoger Anspruch, [3]) ein Recht gegen den Staat, nicht eine blosse Möglichkeit, wie Kohler [4]) annimmt, auch nicht ein

1) A. A. Kleinfeller B. Bl. f. R. S. 6.

2) Klagmöglichkeit S. 18.

3) Wach: Vorträge S. 100, Langheineken a. a. O. S. 163.

4) Z. Archiv 97 S. 9, 10. Kohler muss zu diesem Ergebnis kommen, weil er das Bestehen des Rechtsschutzanspruchs leugnet, vgl. Encykl. § 8 S. 54.

Rechtsgestaltungsrecht, [1]) sondern ein konkretes publizistisches Forderungsrecht auf positive Leistung.

2) Diesem Recht seitens des Gläubigers entspricht notwendig eine Pflicht auf seiten des Staates, zu vollstrecken. Mit der Vollstreckung durch seine Beamten erfüllt er diese Verpflichtung, welche mit dem Antrag auf Vollstreckung entsteht. Mit der Stellung des Antrags übt der Gläubiger bereits sein Vollstreckungsrecht aus, nicht gelangt es erst in diesem Augenblick zur Entstehung. [2]) Subjekt der Vollstreckung ist lediglich der Staat [3]); er allein vollstreckt. Er handelt auf Antrieb des Gläubigers, der die Vollstreckung betreibt.

3) Das publizistische Vollstreckungsrecht ist von dem dem Titel zugrunde liegenden materiellen Anspruch unabhängig, abstrakt. Es besteht ohne Rücksicht darauf, ob das materielle Recht giltig ist oder nicht. Allerdings wird es nur gegeben, weil der Vollstreckungstitel das Bestehen des materiellen Rechts bescheinigt oder doch vermuten lässt. Es ist, wie Wach [4]) ausführt, Wille des Gesetzes, dass bei dem liquiden Fortfall des materiellen Rechts auch das Vollstreckungsrecht fortfallen soll. Diese Erscheinung, dass das

---

1) Seckel a. a. O. S. 249, Bülow Z. 31. S. 201 Note 13.

2) so Bülow a. a. O.

3) vgl. Jellineck a. a. O. S. 250 ff.

4) Vorträge S. 300.

Vollstreckungsrecht zwar abstrakter Natur [1]) ist, aber doch mit dem materiellen Recht in gewissem Zusammenhang steht, kann man als „sekundäre Natur" des Vollstreckungsrechts bezeichnen. Die abstrakte Natur andererseits führt dazu, dass auch die materiell unrichtigen Leistungsurteile vollstreckungsfähig sind, dass bei ihnen ebenso wie bei richtigen Urteilen mit der Rechtskraft das Vollstreckungsrecht zur Entstehung gelangt.

---

Als Ergebnis des ersten Teils dieser Untersuchungen kann man zusammenfassen, dass die unrichtigen rechtskräftigen Urteile weder an sich unwirksam sind noch geringere oder stärkere Wirkungen haben als die materiell richtigen Urteile. Ein Urteil aber, dessen Feststellungsinhalt im Verhältnis der Parteien zu einander mit der materiellen Rechtslage im Widerspruch steht, das, wenn es ein unrichtiges Leistungsurteil ist, trotz dieses Widerspruchs vollstreckbar ist, erscheint ungerecht, und seine Beseitigung geboten. Deshalb soll im zweiten Teil die Frage behandelt werden, auf welche Weise sich die unterlegene Partei gegen ein rechtskräftiges unrichtiges Urteil wehren kann, insbesondere welche ordentlichen (prozessualen) Rechtsbehelfe ihr nach dem Gesetz zur Seite stehen und ob

1) Nussbaum a. a. O. S. 52. „Vollstreckbarkeit ist eine vom Schuldgrund losgelöste Funktion der Entscheiduug".

und welcher ausserordentlichen Rechtsbehelfe sie sich etwa beim Versagen der ordentlichen Rechtsbehelfe bedienen kann.

Zweiter Teil.

# Die Rechtsbehelfe gegen rechtskräftige unrichtige Urteile.

## A. Die ordentlichen Rechtsbehelfe.

### § 6.

1. Wiederaufnahmeverfahren und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

I. Drei Möglichkeiten sind denkbar, durch die man die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils wieder beseitigen kann: Die Wiederherstellung der Möglichkeit, das Urteil durch Rechtsmittel anzufechten, die Aufhebung des Urteils selbst und die Unmöglichmachung der Vollstreckung (letzteres kommt nur bei Leistungsurteilen in Betracht). Die erste Möglichkeit ist durch die sog. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 233 ff. Z. P. O.) gegeben. Sie ist nach § 233 I zulässig, wenn eine Partei „durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle", worunter höhere Gewalt zu

verstehen ist, [1]) verhindert worden ist, eine Notfrist oder die Revisionsbegründungsfrist einzuhalten; bei Versäumung der Einspruchsfrist sogar schon dann, wenn sie von der Urteilszustellung unverschuldet keine Kenntnis erlangt hat. Zu den Notfristen gehören auch die Rechtsmittelfristen (§§ 516, 552, 577 Z. P. O) und die Einspruchsfrist (§§ 339 508, 700 Z. P. O), nach deren Versäumung das Urteil formell und damit materiell rechtskräftig wird. Die Rechtskraft erscheint hier als Folge einer Versäumung. Dadurch, dass dem Antrag auf Wiedereinsetzung (§ 236) durch Zwischenurteil [2]) stattgegeben wird, wird die Folge der Versäumnis, die Rechtskraft wieder aufgehoben. Das Urteil wird so behandelt, als ob die Rechtskraftswirkung noch nicht eingetreten wäre. Der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand richtet sich also nicht gegen das Urteil — dieses bleibt zunächst bestehen und wird nur später angefochten —, nicht gegen die Vollstreckbarkeit (bei Leistungsurteilen) — die Vollstreckung wird durch den Antrag nicht gehemmt [3]) —, sondern gegen die Rechtskraftswirkung. Dass sich somit mittels des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Wirkungen auch eines unrichtigen rechtskräftigen Urteils beseitigen lassen, dürfte einem Zweifel nicht unterliegen; es bedurfte deshalb seiner als eines Rechtsbehelfs

1) Gaupp Note II, 1 zu § 233.
2) Gaupp Note II zu § 238.
3) Gaupp V zu § 236.

gegen rechtskräftige Urteile hier der Erwähnung. Da sein Zweck jedoch Beseitigung der Folgen schuldloser Versäumnisse ist, ist er mit Rücksicht gerade auf die materielle Unrichtigkeit des Urteils ohne Bedeutung.

II. Gerade für diese Fälle von Wichtigkeit sind die beiden andern Wege, auf denen die Folgen eines unrichtigen Urteils beseitigt werden können, wenn die Rechtskraft eingetreten war: das Wiederaufnahmeverfahren und — die unten § 7 zu behandelnde — Klage aus § 767. Z. P. O.

1) Das Wiederaufnahmeverfahren bezweckt die völlige Beseitigung des rechtskräftigen Urteils selbst. Dieses Ergebnis lässt sich nur erreichen durch Erhebung einer Klage, der Nichtigkeitsklage (§ 579) oder der Restitutionsklage (§ 580), deren Voraussetzungen nach Grund und Form das Gesetz genau umschrieben hat (579 ff). Beide Klagen haben gemeinsam, dass sie stets nur unter den Parteien des Vorprozesses möglich sind, dass sie denselben Anspruch, wie die ursprüngliche Klage, zur Grundlage haben, und dass dessen Nachprüfung nur im Umfang der Parteianträge herbeigeführt wird. [1]) Sie unterscheiden sich indessen von einander insofern, als die Nichtigkeitsklage Verstösse gegen fundamentale Prozessvorschriften, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie im einzelnen Fall für die

1) Schmidt: Lehrbuch S. 809.

Entscheidung kausal waren oder nicht, [1]) zur Voraussetzung hat, während die Restitutionsklage nur zulässig ist, wenn das materielle Privatrecht verletzt und die sachlichen Unterlagen der Entscheidung mangelhaft sind, [2]) und wenn dieser Umstand die Entscheidung kausal beeinflusst hat. Insofern ist ein innerer Unterschied zwischen beiden Klagen vorhanden, der auch in der Zweiteilung im Gesetz seinen Ausdruck findet. [3])

2) Voraussetzungen für beide Klagen ist: das Vorliegen eines echten, rechtskräftigen Endurteils (§ 578), Zuständigkeit des angegangenen Gerichts (§ 584), ferner einer der in §§ 579, 580 dem Umfange nach genau umgrenzten Tatbestände. Nur diese wenigen, eng umschriebenen Fälle hält das Gesetz für wichtig genug, dass bei ihrem Vorhandensein das rechtskräftige Urteil beseitigt werden kann. Die — wegen materieller Mängel zugelassene — Restitutionsklage wird in einigen Fällen (beim Vorliegen der in § 580 Z 1 bis 5 bezeichneten strafbaren Handlungen) noch dadurch erschwert, dass das Gesetz eine rechtskräftige strafrichterliche Verurteilung (oder einen im § 581 näher bezeichneten Ersatz dafür) verlangt. Eine weitere Erschwerung dieser Klage enthält § 582. Und selbst wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Anstrengung einer der Klagen schlechthin ausgeschlossen

1) Gaupp: Vorbem. II zu § 578.

2) H. M. vgl. Schmidt S. 572 Note 2, Fitting Z. 11 S. 6.

3) A. A. Schwalbach Z. Archiv 63 S. 132 ff., der jeden inneren Unterschied leugnet.

nach Ablauf eines Monats seit Kenntnis eines der genau umgrenzten Tatbestände, und ohne Rücksicht auf diese Kenntnis nach Ablauf einer Ausschlussfrist von fünf Jahren seit Rechtskraft des angegriffenen Urteils. Alle diese Vorschriften weisen mit Deutlichkeit darauf hin, dass das Gesetz nach Möglichkeit die Aufrechterhaltung eines rechtskräftigen Urteils erstrebt.

3) Im Gegensatz zu dem unter I behandelten Rechtsbehelf ist die Restitutionsklage aus § 580 zur Beseitigung gerade rechtskräftiger unrichtiger Urteile geschaffen. Allerdings fällt nur ein ganz kleiner Kreis materiell unrichtiger Urteile in das Anwendungsgebiet dieser Klage. Da es sich hier nur um solche unrichtigen Urteile handelt, deren Mangelhaftigkeit auf Parteiverhalten beruht, kommen von den 7 Restitutionsklagegründen nur 5 (Ziffer 1—4, 7) in Frage. Alle erschlichenen oder kolludierten Urteile, die nicht auf einem unter Z. 1—4 § 580 fallenden Parteiverhalten beruhen, sowie alle auf Irrtum zurückzuführenden unrichtigen Urteile, soweit nicht Z. 7 anwendbar ist, können mit Hilfe der Restitutionsklage nicht mehr beseitigt werden. Nach Ablauf von 5 Jahren nach der Rechtskraft ist die Aufhebung eines unrichtigen Urteils schlechthin auf diesem Wege nicht mehr möglich. In allen diesen Fällen würde die Anfechtung des rechtskräftigen unrichtigen Urteils auf prozessualem Gebiete versagen, sofern sich herausstellte, dass auch die Klage aus § 767 nicht anwendbar ist.

## § 7.

### 2. Die Klage aus § 767 Z.P.O.

I. Während durch die Wiederaufnahmeklagen der Bestand des Urteils überhaupt in Frage gestellt werden soll, und der Antrag auf restitutio in integrum (§§ 233 ff) die Rechtskraftwirkung als Folgeerscheinung unverschuldeter Versäumung beseitigen will, richtet sich die Klage aus § 767 gegen die den Leistungsurteilen eigentümliche Vollstreckungswirkung. Die Klage verspricht nur dann Erfolg, wenn es sich handelt um Einwendungen, welche den durch „das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen", und wenn ferner „die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen . . spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können". Damit sind auch hier die Klagvoraussetzungen eng umschrieben. Hervorzuheben ist, dass wegen der objektiven Fassung des § 767 lediglich die Entstehung jener Einwendungen, nicht die Kenntnis der Partei ausschlaggebend ist. [1])

2) Ziel der Klage ist die Aufhebung — nicht des Urteils oder dessen Rechtskraftwirkung, sondern — der Vollstreckbarkeit, des publizistischen Vollstreckungsrechts. Grund der Klage ist, dass das im Prozesse

1) Hellwig: Anspruch S. 500 Note 70, System S. 807, bei II., Gaupp: Bem. II. b zu § 767.

rechtskräftig bejahte Privatrecht auf ein Tun oder Unterlassen nunmehr aus irgend welchen Gründen nicht mehr besteht [1]) und somit das abstrakte Vollstreckungsrecht der privatrechtlichen Grundlage (die für seinen subsidiären Charakter massgebend ist, s. o. S 61) entbehrt. Das Vollstreckungsrecht hört mit dem „liquiden Fortfall" des materiellen Anspruchs nicht von selbst auf zu existieren, sondern muss formell beseitigt werden; daher ist das auf diese Klage hin ergehende Urteil ein konstitutives [2]). Nicht nur ein „Schein" des Vollstreckungsrechts ist solange vorhanden [3]), sondern ein wahres abstraktes Vollstreckungsrecht. Die Klage aus § 767 ist somit nicht Feststellungsklage [4]), in der etwa das Nichtbestehen des materiellen Anspruchs offensichtlich gemacht werden soll; denn mit dieser Feststellung wäre das abstrakte Vollstreckungsrecht nicht beseitigt Es liegt auch keine Klage vor, in der das Nichtbestehen des Vollstreckungsrechts oder die Unzulässigkeit des Vollstreckungsbetriebes [5]) festgestellt werden sollte.

3) Als konstitutive Klage unterscheidet sich die Klage aus § 767 von der negativen Feststellungsklage aus

---

1) Hellwig: Anspruch S. 491, 166 Note 12. Gaupp Bem. I. zu § 767.

2) Hellwig: Anspruch S. 491 ff. — Gaupp: Bem. V zu § 764, — Petersen: Note 1 zu § 767.

3) So Langheineken, a. a. O. S. 164 Note 1.

4) So Kohler: Z. Archiv 72 S 12, 18, Langheineken: a. O. S. 179.

5. Geib: a. a. O. S. 123.

§ 256, die durch das Vorliegen eines „rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung" bedingt wird: für die Klage aus § 767 ist der Nachweis eines Interesses nicht erforderlich. Wie Schmidt [1]) betont, ist § 767 gegenüber § 256 eine Sonderbestimmung, die gerade diesen Nachweis für überflüssig erklärt hat. Der Schuldner braucht den Beginn der Vollstreckung nicht abzuwarten, sondern kann schon vorher aus § 767 Klage erheben [2]), — nicht deshalb, weil die Klage eine negative Feststellungsklage wäre, sondern — weil mit dem Erlöschen des materiellen Anspruchs ein Recht auf Beseitigung des Vollstreckungsrechts entstanden ist, das durch Klage aus § 767 betätigt wird [3]). Nach vollendeter Vollstreckung ist die Klage unbegründet, da das Vollstreckungsrecht, gegen das sie gerichtet ist, infolge seiner Realisierung untergegangen ist [4]).

Soviel über Wesen und Struktur der von Kohler [5]) sog. Vollstreckungsgegenklage. Es fragt sich nun, ob und wieweit die Klage aus § 767 als Rechtsbehelf gegen die

---

1) a. a. O. S. 1014 Note 2.

2) Hellwig: Anspruch S. 495/6, Gaupp: Note II c zu § 767, E. RG. 38 S. 428.

3) Die Zulässigkeit dieser Klage vor begonnener Vollstreckung leugnen Kohler Z. Archiv 72 S. 12 ff., Rintelen Z. 9 S. 197 ff. David, Z. 20 S. 435, Planck Lehrb II S. 702 unter D.

4) Vgl. Hellwig: Anspruch S. 497 Kohler Z. Archiv 80 S. 163.

5) Z. Archiv 72 S. 1 ff.

Wirkungen rechtskräftiger materiell unrichtiger Urteile in Betracht kommt.

II. Wie dargelegt, richtet sich die Vollstreckungsgegenklage gegen die Vollstreckungswirkung eines Leistungsurteils. Die Vollstreckung aus einem unrichtigen Urteil erscheint in jedem Falle unbillig, um so mehr aber, wenn der vollstreckende Gläubiger weiss, dass er materiell nicht berechtigt ist, also dolos vollstreckt, sei es, dass er bis zum Eintritt der Rechtskraft gutgläubig gewesen ist, d. h. erst nach diesem Zeitpunkt von der Unrichtigkeit des Urteils Kenntnis erlangt, sei es, dass er das Urteil und den Eintritt seiner Wirkungen (allein oder im Einverständnis mit der anderen Partei) herbeigeführt hat (erschlichene Urteile i. w. S.) Alle diese Fälle sind mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der Klage aus § 767 zu prüfen.

1) Es ist der Fall denkbar, dass der Gläubiger ein unrichtiges Urteil vollstreckt, ohne dessen Unrichtigkeit zu kennen, und ohne dass er oder sein Rechtsvorgänger das Urteil dolos erwirkt hätte. Ist auch dem Schuldner die Unrichtigkeit unbekannt (die Verurteilung erfolgte z. B. auf Grund seines irrigen Anerkenntnisses), so erfolgt die Vollstreckung, wie wenn das Urteil richtig wäre. Für die Vollstreckungsgegenklage ist hier natürlich kein Raum [1]). Ist dem Schuldner (aber nicht dem Gläubiger) jedoch zur Zeit der Vollstreckung die

1) Ueber die Frage, ob eine Rückforderung des auf Grund eines unrichtigen Urteils Geleisteten möglich ist, s. u. § 8 II, 1.

Unrichtigkeit des Urteils bekannt, so kann er durch einfache Mitteilung dem vollstreckendem Gläubiger seinen guten Glauben nehmen. (Alsdann liegt der Fall wie zu 2).

2) Oder der Gläubiger vollstreckt, obwohl er weiss, dass das Urteil materiell unrichtig ist, dass es eine der wahren Rechtslage widersprechende Deklaration enthält, und dass der Leistungsbefehl zu unrecht besteht. Man kann in diesen Fällen von Ausbeutung des Vollstreckungsrechts sprechen. Mag der Gläubiger nun die Unrichtigkeit des Urteils schuldhaft verursacht, das Urteil erschlichen haben, oder mag ihn an der Unrichtigkeit kein Verschulden treffen, jedenfalls kann man in der wissentlichen Vollstreckung eines solchen Urteils einen dolus erblicken. Auf Grund dieses gegenwärtig vorhandenen, in der böswilligen Realisierung des nicht bestehenden Anspruchs liegenden, dolosen Verhaltens haben Wendt [1]) und mit ihm Kohler [2]) und Geib [3]) die Anwendbarkeit des § 767 für zulässig erklärt: nach ihnen beruht die den Anspruch selbst betreffende Einwendung, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sein muss, auf dem dolus des Vollstreckungsgläubigers. Dieser dolus sei nach der massgebenden Verhandlung „entstanden", denn vorher habe er ja noch nicht vorliegen können. „Handelt der

1) Z. Archiv 100 S. 302 ff.

2) Z. Archiv 80 S. 190, 191.

3) a. a. O. S. 137 (ein neuer dolus praesens); auch Görres Z. 34 S. 23.

Kläger" sagt Kohler [1]) „arglistig in der Benutzung des Urteils, so ist dies eine Handlung, die in die Zeit nach Erlass des Urteils fällt [2]) und bei seinem Erlass nicht berücksichtigt werden könnte." Ist schon diese Beweisführung gekünstelt, so bestehen noch schwerwiegendere Bedenken. Man kann die Einwendung, der Gläubiger handele dolos, wenn er vollstrecke, unmöglich als eine den materiellen Anspruch selbst betreffende Einwendung bezeichnen. Sodann muss m. E. die Durchführung der Klage schon daran scheitern, dass zu ihrer Substantiierung doch in letzter Linie geltend gemacht werden muss, weshalb das Verhalten des Gläubigers dolos ist. Diese Frage könnte nur damit beantwortet werden, dass das Urteil unrichtig sei; dieser Behauptung stände jedoch die Rechtskraft entgegen, durch die inter easdem personas und in eadem quaestione — beides liegt in solchem Falle m. E. vor — unbestreitbar festgestellt war, dass der Gläubiger materiell berechtigt war. [3]) Zu der gleichen Entscheidung gelangt man vom Standpunkt der Theorie der materiellrechtlichen Rechtskraftwirkung, nach der der materielle Anspruch existent geworden ist, so dass der Schuldner den dolus damit, dass der Gläubiger materiell nicht berechtigt sei, garnicht mehr begründen könnte. [4])

1) Z. Archiv 80 S. 191.
2) Vgl. auch Seuffert Bd. 2 S. 413 Note 3a zu § 767.
3) Vgl. Hellwig: System S. 788.
4) Teilweise abweichend Ahrendts a. a. O. S. 50, 51.

3) Die letzte Möglichkeit ist die, dass das Urteil, aus dem vollstreckt werden soll, durch Kollusion entstanden ist: hier wird ein Prozess zum Schein geführt. Beide Parteien wollen garnicht die Entscheidung eines Rechtsstreits, weil ein solcher garnicht besteht, sie wollen vielmehr, dass der Richter etwas von ihnen als streitig Dargestelltes, in Wahrheit Unstreitiges, autentisch deklariere, und dass diese Deklaration rechtskäftig werde und beide Teile binde, wie ein Vertrag. Simuliert wird demnach nur die Streitigkeit. Die Parteierklärungen im Prozess sind ernstlich, ernstlich ist auch das Urteil. Das Urteil ist in diesen Fällen nie simuliert. [1]) Von einem simulierten Judikat zu sprechen, ist, wie schon oben (§ 3 II 2 b) angedeutet, unrichtig. Dieser Ausdruck wäre höchstens am Platze, wenn der Richter an der Simulation beteiligt wäre und das Urteil nur zum Schein fällte, ein Fall, dessen Vorkommen man wohl als ausgeschlossen bezeichnen darf. Auch in diesem Falle ist indes das Urteil giltig und nicht etwa nichtig. [2]) In den Fällen der Kollusivurteile bezwecken die Parteien lediglich das unrichtige Urteil. Die Vollstreckung aus einem solchen Urteil, die ebenfalls im Widerspruch mit dem materiellen Recht erfolgen würde, zu verhindern, liegt dann im Interesse des Schuldners,

---

1) Vgl. Hellwig: Lehrbuch II S. 35 Note 39, Sintenes a. a. O. S. 395, Kohler: Prozess S. 93 ff.

2) A. A. Leyserson a. a. O. S. 116, 119; vgl. oben § 3 III 1.

wenn nur das Urteil nicht aber die Vollstreckungswirkung von den Parteien gewollt war, wenn m. a. W. der Gläubiger vollstrecken will, obwohl die Parteien durch Vertrag die Vollstreckung aus dem Urteil verboten hatten. Ein solcher Vertrag über das Vollstreckungsrecht ist möglich und giltig. [1]) Will der Gläubiger vollstrecken, so liegt auch hier ein Fall doloser Vollstreckung aus einem unrichtigen Urteile vor, und es fragt sich, ob der Schuldner der Vollstreckung mit einer Klage aus § 767 entgegentreten kann. Der Schuldner bestreitet hier die Realisierbarkeit des festgestellten Anspruchs, seine Einwendung richtet sich demnach in diesem Falle gegen den „durch das Urteil festgestellten — wenngleich materiell nicht bestehenden — Anspruch selbst“ (§ 767 Abs. 1). [2]) Der Grund dieser Einwendung besteht hier in dem Verstoss gegen den Vertrag, aus dem Urteil nicht zu vollstrecken, und ist nach der letzten mündlichen Verhandlung zur Hauptsache entstanden; denn vorher konnte er noch nicht zur Entstehung kommen. [3]) In der Geltendmachung dieser Einwendung liegt auch kein Verstoss gegen die Rechtskraft, da der Anspruch als solcher nicht bestritten wird, sondern nur seine Realisierbarkeit. Die Klage

1) Kohler: Prozess S. 94, 117; Encykl S. 104, 168 (unten); Z. Archiv 80 S. 156.

2) So auch die meisten Kommentare; insbes. Seuffert: Bem. 3a zu § 767, Ferner Sintenes: a. a. O. S. 407, 408 Vgl. Geib a. a. O. S. 209 ff.

3) Sintenes S. 410 a. a. O.

aus § 767 erscheint danach hier zulässig. [1]) Das Kollusivurteil ist somit das einzig unrichtige Urteil, dessen Vollstreckung durch die Vollstreckungsgegenklage verhindert werden kann.

Es hat sich ergeben, dass, von ganz wenigen Ausnahmefällen (nach Ablauf von 5 Jahren sogar nur von dem zuletzt erörterten Fall) abgesehen, die ordentlichen, vom Prozessrecht gegebenen Rechtsbehelfe gegenüber einem rechtskräftigen, unrichtigen Urteil versagen. Es bleibt somit nur noch zu untersuchen, ob die Wirkungen eines solchen Urteils durch ausserordentliche — auf ausserprozessualem Gebiete wurzelnde — Rechtsbehelfe beseitigt werden können und überhaupt beseitigt werden müssen.

## B. Ausserordentliche Rechtsbehelfe.

## § 8.

### 1. Die einzelnen Rechtsbehelfe.

I. Es hat in Rechtsprechung und Literatur nicht an Stimmen gefehlt, die in den Fällen, in welchen die Anfechtung der in Frage stehenden Urteile „auf pro-

1) Ausser Kohler und den eben zitierten Schriftstellern: Langheineken a. a. O. S. 181 - A. M. Gaupp: Bem. IIa Abs. 3 zu § 767; Michel a. a. O. S. 27; Hamburger a. a. O. S. 89.

zessualem Gebiete versagt“ [1]), die Notwendigkeit ihrer Beseitigung auch durch Heranziehung ausserprozessualer Rechtsgebiete und im Hinblick auf allgemeine, das gesamte Rechtsleben beherrschende Gedanken betont haben. Die leitenden Gesichtspunkte, auf welchen diese Bestrebungen beruhen, sind im wesentlichen die folgenden. Das unrichtige Urteil sei als Staatswillensäusserung eine fehlerhafte Willenserklärung; eine solche dürfe nicht die gleichen Wirkungen haben wie eine fehlerfreie. Dieser im Privatrecht grundsätzlich anerkannte Satz müsse notwendigerweise auch im öffentlichen Recht herrschen. Das Wirksamwerden und -bleiben eines unrichtigen Urteils sei etwas Unbilliges und Ungerechtes. Es werde damit ein Zustand geschaffen, der vom Gesetz nicht gewollt sei, der dem hier erstrebten Idealzustand, dass „Recht“ werde und herrsche, gerade entgegengesetzt sei, und der deshalb die Anwendung ausserordentlicher Rechtsbehelfe dann, wenn die ordentlichen nicht ausreichenden Schutz bieten, als unbedingt erforderlich erscheinen lasse. Die Existenz eines wirksamen unrichtigen Urteils bedeute auf Seiten des Prozesssiegers eine Bereicherung um etwas, was ihm auf Grund der wirklichen materiellen Rechtslage nicht zukomme, auf Seiten des Unterlegenen einen Schaden, eine ungünstige Veränderung seiner Rechtsposition, für die es ebenfalls an einem rechtlichen Grund fehle. Soweit herrscht bei den Vertretern dieser Ansichten

1) E. RG. 46 S 79.

Uebereinstimmung. Zweifelhaft und durchaus widerspruchsvoll sind indessen die Begründungen im einzelnen. Der Schaden wird bald in dem Umstand erblickt, dass das unrichtige Urteil besteht und Rechtsfolgen hat, [1]) bald darin, dass die Rechtsfolgen (Rechtskraft, Vollstreckbarkeit) geltend gemacht, [2]) bald darin, dass der Eintritt der Rechtsfolgen verursacht werde; [3]) manche sehen die Schädigung auch nur in der Ausübung des Vollstreckungsrechts. Das in der Herbeiführung des so bezeicheten „Schadens" liegende Verhalten erscheine als „unerlaubte Handlung", welche, dem eingenommenen Standpunkt entsprechend, bald in der Herbeiführung des Urteils überhaupt, bald in der Herbeiführung seiner Wirkungen, sei es der Rechtskraft, [4]) sei es der Vollstreckung, erblickt wird. Unter diesem Gesichtspunkt sei in den §§ 823 ff. BGB. die geeignete Grundlage geschaffen, den für den Unterliegenden verursachten Schaden wieder auszugleichen. Soweit die Klagen aus den §§ 823 ff. begründet seien, müssten sie als Rechtsbehelfe gegen die in Frage stehenden Urteile, zum mindesten subsidiär, in Betracht gezogen werden. Diese Rechtsbehelfe könnten natürlich erst in Frage kommen, wenn ein solcher „Schaden" bereits entstanden

---

1) z. B. E. RG. 75 S. 216.

2) vgl. unten § 8 III, 2a.

3) Jellineck: a. a. O. S. 195.

4) Jellineck a. a. O. S. 195 (durch die Zustellung des Urteils werde die Rechtskraft verursacht).

ist. Soweit dies noch nicht geschehen sei, müsse die Entstehung des Schadens verhütet werden — dies wird besonders bei drohender Zwangsvollstreckung von Wichtigkeit —, und gleiche Erwägungen sprächen dafür, auch hier beim Versagen prozessualer Rechtsbehelfe solche des bürgerlichen Rechts heranzuziehen. Im Folgenden sollen die einzelnen von den Vertretern der geschilderten Ansicht vorgeschlagenen Rechtsbehelfe, die sich, wie vorstehende Darlegungen ergeben, nicht gegen den Bestand des Urteils, sondern nur gegen seine Wirkungen richten, erörtert und in Bezug auf ihre Zulässigkeit geprüft werden.

II. Die ausserordentlichen Rechtsbehelfe gegen ein unrichtiges rechtskräftiges Urteil zerfallen nach dem Gesagten in solche, welche den durch sein Wirksamwerden drohenden Schaden verhüten wollen und solche, durch die der bereits eingetretene Schaden wieder ausgeglichen werden soll. Von den ersteren ist zunächst zu handeln. Da, wie unten darzulegen sein wird, die blosse Existenz eines unrichtigen Urteils noch kein Schaden ist, so droht in allen Fällen der Schaden damit einzutreten, dass der Prozesssieger das Urteil gegen den anderen Teil wirksam werden lässt: dies geschieht durchweg damit, dass er die Tatsache der Rechtskraft gegen den Unterlegenen geltend macht („Ausübung der Rechtskraft"), sei es unmittelbar: mittels der exceptio rei iudicatae, sei es mittelbar: durch Ausübung des mit der Rechtskraft entstandenen

Vollstreckungsrechts. Da die Vollstreckbarkeit eines Urteils aber eine Folgeerscheinung der formellen Rechtskraft ist, handelt es sich hier um Ausbeutung der formellen Rechtskraft. Die Vollstreckung ist bei unrichtigen Leistungsurteilen die regelmässige Geltendmachung ihrer Wirksamkeit. Der einzige prozessuale Rechtsbehelf dagegen ist die Klage aus § 767. Da sie, wie dargelegt, bei unrichtigen Urteilen durchweg [1]) versagt, fragt es sich, ob sich der Schuldner gegen die drohende Vollstreckung auf andere Weise wehren kann.

1) Im Wege der Selbsthilfe, etwa weil Notwehr (§ 227 BGB) vorläge, kann der Schuldner die Vollstreckung nicht verhindern. 2) Der Gerichtsvollzieher, der auf Grund des formell rechtsgiltigen Vollstreckungstitels pfändet, handelt in rechtmässiger Ausübung seines Amtes und begeht keinen „rechtswidrigen Angriff". Ebensowenig der Gläubiger, wenn er trotz des nicht bestehenden materiellen Anspruchs den Gerichtsvollzieher mit der Pfändung beauftragt. Und selbst wenn man in dem Vollstreckungsbetrieb einen solchen (mittelbaren) Angriff erblicken wollte, so sind die Handlungen der Vollstreckungsorgane rechtmässige, da sie dem Vollstreckungsbefehl gegenüber zum Gehorsam verpflichtet

1) Mit der einen Ausnahme oben § 7 II, 3
2) Geib a. a. O. S. 120.

sind [1]; ihnen gegenüber ist daher Notwehr ausgeschlossen.

2) Einen andern Weg, um die Zwangsvollstreckung aus einem unrichtigen Urteil zu verhindern, hat Höniger vorgeschlagen [2], der darin, dass der Gläubiger die Vollstreckung androht, ein unerlaubtes Verhalten sieht, in welchem er eine rechtswidrige Störung des Schuldners erblickt. In Anlehnung an die §§ 12, 1004 BGB konstruiert er eine den bürgerlich-rechtlichen Unterlassungsklagen analoge actio quasi negatoria auf Grund des § 826. Dass eine solche Klage „auf Nichtausnutzung eines Urteils" unzulässig ist, weil § 826 „nicht etwa allgemein einen Anspruch auf Unterlassung von Handlungen, die gegen die guten Sitten verstossen," gewährt, hat auch das Reichsgericht ausgesprochen. [3]

§ 826 verlangt, wie das Reichsgericht ausführt, [4] dass ein Schaden eingetreten ist; da ein solcher mindestens vor der Vollsteckung nicht besteht, ist die Klage unbegründet. Bedenklich erscheint ferner, dass man die dem Prozessrecht angehörende Vollstreckung mit einer privatrechtlichen Unterlassungsklage zu vereiteln sucht. Im übrigen bestehen gegen die actio quasi negatoria die gleichen Bedenken wie gegen (s. u. § 9) die actio doli. —

---

1) Geib a. a. O. S. 99 ff.
2) DJZ. 1905 S. 1005.
3) E. RG. 67 S. 152.
4) a. a. O.

3) Nach Ansicht des Reichsgerichts [1]) kann endlich durch das Gericht auf Antrag des Schuldners dem Gläubiger durch einstweilige Verfügung nach §§ 935, 945 Z. P. O. die Betreibung der Zwangsvollstreckung untersagt werden. „Ist dem Kläger" führt das Reichsgericht aus, „dem rechtskräftigem Judikate gegenüber der Nachweis zu gestatten, dass es auf nichtigen Geschäften beruhe" (oder überhaupt unrichtig sei), „so hat er auch einen Anspruch darauf, dass in der Zwangsvollstreckung von ihm nicht beigetrieben wird, was ihm wieder erstattet werden müsste, weil er es zurückfordern kann." Da dem Schuldner wegen der Rechtskraft des Urteils der im Vordersatz bezeichnete Nachweis, wie unten § 9 näher auszuführen sein wird, aber nicht gestattet ist, erscheint die Anordnung einer einstweiligen Verfügung gegenüber der drohenden Vollstreckung eines rechtskräftigen unrichtigen Urteils als unzulässig. [2])

III. Da der Schuldner somit die Entstehung des „Schadens", der bei Leistungsurteilen mit der Vollstrekkung, bei Gestaltungsurteilen in der Rechtsänderung sich äussert, nicht verhindern kann, ist nur noch zu erörtern, ob der entstandene Schaden durch ausserprozessuale Rechtsbehelfe wieder ausgeglichen werden kann, und ob

1) E. RG. 61 S 361.

2) Obwohl die einstweilige Verfügung natürlich nicht zu den ausserordentlichen Rechtsbehelfen gehört, war an dieser Stelle von ihr zu handeln, da sie auf Grund eines solchen Rechtsbehelfs, besonders der actio doli aus § 826 BGB. (vgl. E. 61. 8. 362 ff) gewährt werden soll.

ein solcher Ausgleich dem Sinne des Gesetzes überhaupt entspräche.

1) Der einfachste Weg, den früheren Zustand, der vor Urteilserlass bestand, wiederherstellen, wäre die Erhebung der Bereicherungsklage aus § 812 ff BGB., wenigstens in allen Fällen, in denen durch Vollstreckung des unrichtigen Urteils eine Vermögensverschiebung zugunsten des Gläubigers stattgefunden hat. Der Schuldner müsste hierzu den Nachweis erbringen, dass der Gläubiger die Leistung, die er durch Vollstreckung beigetrieben hat, „ohne rechtlichen Grund erlangt" hat. Dieser Nachweis ist jedoch nicht möglich: der rechtliche Grund, auf Grund dessen der Gläubiger seine ihm zugesprochene Leistung erlangt hat, ist das abstrakte publizistische Vollstreckungsrecht, das giltig bestanden hat und publizistisch nicht zu beanstanden ist; [1]) denn ohne „rechtlichen" Grund bedeutet nicht: ohne „privatrechtlichen" Grund. „Bei einer Rückforderung würde von neuem in Streit gezogen, ob für die geleistete Zahlung eine iusta causa, ein vom Recht anerkannter Schuldgrund, bestand"; das ist aber nicht statthaft, „weil im Verhältnis zwischen den Parteien rechtskräftig feststeht, dass dem Gläubiger der fragliche Anspruch zusteht". [2]) Der condictio indebiti steht somit die Ein-

1) Hellwig: Rechtskraft S. 7.

2) E. RG. 46 S. 78, 77; 1 S. 96; 26 S 313; 61 S. 365 (Mitte), 69 S. 279 (bezl. eines Zuschlagsbeschlusses).

rede der Rechtskraft entgegen. [1]) Der innere Grund ist aber auch hier nicht, wie zwar das Reichsgericht 1) vom Standpunkt der materiellen Rechtskraftstheorie annimmt, dass „in dem Judikat eine selbständige causa geschaffen ist“ oder dass dieses „einen neuen Schuldgrund bildet“, sondern nur der, dass jeder Richter, also auch der Richter über die condictio indebiti, da es sich um eadem quaestio inter easdem personas handelt, das Urteil der Vorentscheidung in diesem Punkte seiner Entscheidung als richtig zugrunde legen muss. Die Bereicherungsklage, die der Schuldner ohne Rücksicht darauf anstrengen könnte, ob der Gläubiger das Urteil erschlichen hätte oder auch nur dolos vollstreckte, die sogar möglich erschiene, wenn der Gläubiger bona fide vollstreckt hätte, ist hiernach als gegen die Rechtskraft verstossend unzulässig 2)

2) Es fragt sich endlich, ob der aus einem rechtskräftigen unrichtigen Urteil Unterlegene gegen den Prozesssieger auf Grund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen §§ 823 ff. B.G.B. vorgehen kann. Hier genügt nicht (wie bei der condictio indebiti) die blosse Tatsache der Vermögensverschiebung, vielmehr muss es sich um einen durch unerlaubtes Verhalten des Beklagten kausal verursachten Schaden handeln, dessen Ausgleich durch eine der dort gegebenen Klagen erstrebt werden soll.

1) Vgl. die S. 73 Note 2 zitierten Entscheidungen, ferner Pagenstecher J. W. 1908 S. 187.

2) Ebenso: Staudinger a. a. O. Bem. I. 4, b S. 1653; Dernburg DJZ. 1905 S. 472, Pagenstecher JW. 1908 S. 187.

a) Man hat bereits in der wissentlichen Benutzung eines unrichtigen, aber einwandfrei erlangten rechtskräftigen Urteils eine zum Schadenersatz verpflichtende sittenwidrige Handlung erblickt, die insbesondere bei Leistungsurteilen bald in dem Betreiben der Zwangsvollstreckung, bald in sonstiger Betätigung des zugesprochenen, materiell nicht bestehenden (und nicht erzeugten) Anspruchs, z. B. im Wege der Aufrechnung, liegen soll [1]). Schon das Reichsgericht [2]) scheint selbst de lege ferenda nicht der Ansicht zuzuneigen, dass man die bewusste Geltendmachung eines unrichtigen Urteils verhindern müsse. Diese Ansicht scheint in der Tat bedenklich: „Der Sieger im Prozesse" sagt Dalberg, [3]) „darf sich sagen, dass Gericht hat mir den Anspruch zugesprochen, ohne dass ich etwas Unrechtes getan hätte, um es zu dieser Entscheidung zu veranlassen" Auch Kohler [4]) bestreitet, dass in der wissentlichen Benutzung eines unrichtigen Urteils ein doloses Verhalten zu erblicken sei, allerdings mit der hier als unrichtig zurückgewiesenen Begründung, dass durch das Urteil der Anspruch entstanden sei, und daher auch geltend gemacht werden könne [5]). Man würde in der Tat an

1) Vgl. Dernburg: DJZ. 1905 S. 469 Höniger: ebenda S. 1005, Rehbein Bd. 2, Note 3 zu § 242, Crome Bd. 2 S. 1042.

2) E. RG. 67. S. 152; vgl. auch 75. S. 215 (Schadenszufügung nicht lediglich in der Vollstreckung).

3) Z. 40. S. 22; vgl. Hellwig: System S. 785/6.

4) Grünhut 33 S. 563.

5) Vgl. Oertmann Bem. II., 2 zu § 826 S. 1081/2 bei g.

den Prozesssieger unnötig hohe Anforderungen stellen, wenn man ihm bei jeder Vollstreckung oder Berufung auf die Rechtskraft die Kontrolle darüber aufbürden wollte, ob das Urteil unrichtig ist oder nicht. Da es sich um eine gerichtliche Entscheidung handelt, ist die besondere Schwierigkeit einer solchen Nachprüfung von selbst gegeben. Die Rechtsprechung wäre dann ein Institut von sehr zweideutigem Werte. Der Vollstreckungsgläubiger muss sich sagen können, dass sein Vollstreckungsrecht, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat, bedingungslos und ohne besondere Nachprüfung besteht und geltend gemacht werden kann.

b) Deswegen haben andere die Anwendbarkeit der §§ 823 ff, B.G.B. nur dann für zulässig erachtet, wenn das Urteil selbst in misszubilligender Weise erwirkt worden ist und trotzdem wider besseres Wissen benutzt wird, um mit dem Schein des Rechts zu Leistungen zu gelangen, die in Wahrheit nicht begehrt werden dürfen [1]). Das sittenwidrige zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten wird hier in dem „Verhalten im Prozess" [2]) gesehen, in der vorsätzlichen Herbeiführung des Urteils und seiner Wirkungen. So liegt bei den Gestaltungsurteilen „die Schadenszufügung in der Herbeiführung der Rechtsänderung". [3]) Folgerichtig durchgeführt würde diese Ansicht die Möglichkeit geben,

1) Wendt Z. Archiv 100 S. 303.

2) E. RG. 75 S. 215.

3) E. RG. 75 S. 216; vgl. auch 46 S. 79 — Seuffert Note 6 zu § 322 — Nussbaum a. a. O. S. 25 ff.

den Prozesssieger, der das Urteil erschlichen hat, auch dann, wenn es von einem mit dem Sachverhalte vertrauten aber an der Erwirkung des Urteils nicht beteiligten Rechtsnachfolger vollstreckt wird, ersatzpflichtig zu machen, sofern ein „Schaden" nachgewiesen werden kann. Hätte der vollstreckende Dritte den Prozesssieger zur Erschleichung des Urteils angestiftet, so wäre er nach § 830 B.G.B. als Beteiligter haftbar zu machen. Zweifelhaft wäre die Rechtslage aber dann, wenn der Dritte eine Prozesspartei getäuscht und durch sie die Unrichtigkeit des Urteils verursacht hat, um dann das Urteil als Rechtsnachfolger vollstrecken zu können: hier wäre er, da er unmittelbar das Urteil nicht erwirkt hat, sondern nur mittelbar, höchstens als intellektueller Urheber verantwortlich zu machen.

c) Worin man nun auch das „unerlaubte Verhalten" erblicken mag, in allen Fällen soll die Klage aus § 826, die sog. actio doli Platz greifen, um den schädlichen Wirkungen der „formalen" Rechtskraft zu begegnen, ohne dass damit der Bestand des Urteils in Frage gezogen würde". [1]) Auch § 823 Abs. 1 könnte in Frage kommen, falls das in Betracht kommende unerlaubte Verhalten einen [2]) Verstoss gegen ein den Schutz eines

---

1) E. RG. 46 S. 79/80.

2) Auch fahrlässigen. Z. B. fahrlässiger Falscheid. Vgl. dazu Pagenstecher J.W. 1908 S. 189. Ohne Grund abgelehnt in E. RG. 78 S. 389 ff; dagegen auch Geib a. a. O. S. 138.

andern bezweckendes Gesetz (auch Strafgesetz, z. B. § 263 StGB.) enthält. Bei der weit umfassenderen Anwendungsmöglichkeit des § 826, nach dem nicht nur strafbare, sondern auch sonstige vorsätzliche sittenwidrige Handlungen zum Schadenersatz verpflichten, beschränkt sich die Darstellung auf die Erörterung der Frage nach der Zulässigkeit der Klage aus § 826. Wird diese Frage verneint, so ergibt sich damit, dass auch § 823 Abs. 1 keine Anwendung gegenüber einem unrichtigen rechtskräftigen Urteil finden kann.

## § 9.

### C. Insbesondere die Klage aus § 826 BGB.

I. § 826 bestimmt: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

1) Voraussetzung für die Klage ist hiernach in erster Linie, dass ein Vermögensschaden eingetreten ist.

a) Mit der Tatsache, dass das rechtskräftige unrichtige Urteil besteht und wirken kann, [1]) vermag der Kläger einen solchen Schaden nicht zu begründen Es mag richtig sein, dass derjenige, gegen den ein un-

1) Vgl. RG. E. 61 S. 364 f., 75 S. 216. E. RG. Str. 34 S. 282, 283.

richtiges Urteil erlassen ist, im Vergleich zu seiner vor Erlass des Urteils bestehenden Rechtslage benachteiligt erscheint. Aber das ist noch kein „Vermögensschaden". Ein Urteil, das seine Wirkungen äussern *kann*, schädigt noch nicht. Der Schaden tritt doch erst ein, wenn diese Wirkungen irgendwie sich äussern, z. B. wenn das Leistungsurteil *vollstreckt* wird. Solange dies nicht geschehen ist, *droht* erst ein Schaden einzutreten. Die Klage aus § 826 greift aber nur Platz, wenn schon ein Schaden entstanden ist. (Der Einwand kann nicht gemacht werden bei den Gestaltungsurteilen, bei welchen allerdings mit der Rechtskraft die schädigende Rechtsänderung vollzogen ist. Bei ihnen könnte man zwar mit dem *Bestehen* des Urteils von einer ungünstigen Veränderung der Rechtslage sprechen; diese ist aber, wie unten nachzuweisen ist, kein „Schaden" im Rechtssinne.)

b) Auch in der *Vollstreckung* eines unrichtigen Leistungsurteils liegt keine Schadenszufügung. Mit der Rechtskraft (§ 704 Z. P. O.) hat der Prozesssieger das abstrakte Vollstreckungsrecht erlangt, kraft dessen er die staatlichen Vollstreckungsorgane gegen den Schuldner in Bewegung setzen darf. Wenn er mit deren Hilfe eine Leistung vom Schuldner erlangte, so geschah dies (wie schon oben bei der condictio gesagt) in rechtmässiger Weise. Die schuldnerische Leistung ist für den Gläubiger weder ein rechtswidriger Vermögensvorteil, denn sein Vollstreckungs*recht*

stand ihm zur Seite, [1]) noch für den andern, der kraft staatlichen Befehls leisten musste, ein Schaden. Der Satz: qui suo iure utitur, neminem laedit, muss hier zur Anwendung kommen, da seine einzige Ausnahme, § 226, Ausübung des Rechts aus Chikane, nicht Platz greift.

c) Auch der Vorschlag, den Dalberg [2]) gemacht hat, um einen Schaden zu begründen, lässt sich nicht halten: Nach ihm liegt der Schaden nicht in der Vollstreckung, auch nicht im Bestehen des unrichtigen Urteils, sondern in dem Umstand, dass das Urteil infolge dolosen Parteiverhaltens gefällt worden sei. [3]) Die Beseitigung dieses Schadens müsse nach § 249 BGB. erfolgen durch „Herstellung des Zustandes, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre." Dies geschehe dadurch, dass der Sieger das Urteil ignoriere. Er müsse zum Verzicht auf das Urteil selbst, auf die Rechtskraft und auf die Vollstreckbarkeit gezwungen werden. Damit werde noch nicht das zugrunde liegende Privatrecht aufgegeben. Diese Begründung, die Dalberg selbst als letztes Hilfsmittel bezeichnet, [4]) ist unhaltbar, weil ein einmal gefälltes Urteil, gleichgiltig ob es richtig oder unrichtig ist, kraft Staatswillens wirkt und weder dem Verzicht durch die Parteien

1) Jellineck a. a. O. S. 137.
2) Z. 40 S. 1 ff.
3) a. a. O. S. 43.
4) a. a. O. S. 26.

noch dem durch den Staat unterworfen ist, sodann, weil auch hier von einem Vermögenschaden keine Rede sein kann.

d) Das gleiche Bedenken, dass kein Vermögensschaden eintritt, steht der Ansicht Jellinecks [1]) entgegen, der die Klage aus § 826 aus dem Grunde zulassen will, weil der Prozesssieger eine sittenwidrige Handlung damit begehe, dass er doloserweise durch Zustellung des Urteils an den Gegner die „Rechtskraft" erschleiche. Diese Theorie von der arglistigen Herbeiführung der Rechtskraft versagt ausserdem gänzlich in den Fällen, in denen die Rechtsmittelfrist von Amtswegen in Lauf gesetzt wird (§§ 625, 640 Z. P. O.).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Kläger den Nachweis eines Vermögensschadens nicht erbringen kann. Vielmehr handelt es sich in jedem Falle lediglich um eine ungünstige Veränderung seiner Rechtslage. Ob diese auch einen „Schaden" im Rechtssinne bedeutet, ist unten zu erörtern.

2) Die Anwendbarkeit des § 826 erfordert aber auch, dass die Schadenszufügung „in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise" erfolgt ist. Dass in der arglistigen Einwirkung eines unrichtigen Urteils in dem oben 2) erörterten Sinne oder in der dolosen Herbeiführung der Rechtskraft im Sinne Jellinecks ein solches sittenwidriges Verhalten liegt, muss angenommen

1) a. a. O. S. 196.
2) § 8 II, 2b.

werden. Dagegen kann man in dem (wenngleich arglistigen) Betreiben der Vollstreckung aus einem unrichtigen (nicht zugleich erschlichenen) Urteil ein solches Verhalten nicht erblicken. Der kraft seines Vollstreckungsrechts handelnde Gläubiger handelt rechtmässig. Das Verhalten des § 826 fällt unter die „unerlaubten Handlungen". Es ist aber logisch nicht möglich, dass ein und dieselbe Handlung gleichzeitig eine rechtmässige und dabei unerlaubte und sittenwidrige ist [1]). Deshalb erscheint die Ansicht [2]), dass § 826 auch rechtmässige Handlungen umfassen könnte, verfehlt. Da die Ausübung des Vollstreckungsrechts eine Chikanehandlung nach § 226 B.G.B. zweifellos nicht ist, also „zulässig" ist, kann sie unter § 826 nicht subsumiert werden. Um zu diesem — auch von den Protokollen für die 2. Lesung des Entwurfs zum B.G B. [3]) gebilligtem — Ergebnis zu kommen, bedurfte es keineswegs der besonderen Einfügung des Wortes „rechtswidrig" in den Wortlaut des § 826, weil sich die Rechtswidrigkeit in dieser Vorschrift von selbst versteht. Ist man dagegen der Ansicht, dass § 826 auch rechtmässige Handlungen umfasse, dass mithin auch

1) Ders. Meinung: Kleinfeller Bl. f. Rpfl. i. B. S. 2 bei 2; Jellineck a. a. O. S. 180; Planck: Note 2d zu § 826. Zitelmann Z. Arch. 99 S. 6 Note 10.

2) bes. Örtmann: Note 1 und 3b zu § 826; Endemann Bd. 1 S. 1265 § 200 Note 41; E RG. 58 S. 214 ff; 48 S. 124 ff; 66 S. 240.

3) Bd. 2, S. 575 ff.

die dolose Ausübung des Vollstreckungsrechts ein sittenwidriges Verhalten im Sinne dieser Vorschrift ist, so ist vom Standpunkt des Reichsgerichts aus, das den Schaden „nicht lediglich", aber doch auch in der Vollstreckung erblickt [1]), nicht einzusehen, weshalb § 826 nur anwendbar sein soll, wenn das Urteil, dass dolos vollstreckt wird, auch arglistig erwirkt worden ist [2]). Der Schaden ist in diesem Falle, wo er im Leistenmüssen des Schuldners gesehen wird, jedesmal derselbe. Folgerichtig wäre von diesem Standpunkte aus auch der Gläubiger, der ein unrichtiges Urteil dolos vollstreckt, aus § 826 haftbar zu machen [3]).

II. Erscheint nach dem Gesagten die Klage aus § 826 im vorliegenden Falle mangels der Möglichkeit, den Vermögensschaden bezw. das sittenwidrige Verhalten nachzuweisen, als unbegründet, so ist sie auch aus formellen Gründen unzulässig.

1) Will man die Schadensersatzklage gegenüber einem unrichtigem Urteil zulassen, so erscheinen, trotzdem das Reichsgericht [4]) und seine Anhänger dies bestreiten, die Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren, insbesondere die Restitutionsklage § 580 Z.P.O., unverständlich und überflüssig. Unverständlich insofern, als es an einem Grund fehlen würde dafür,

1) E. RG. 75 S. 215.
2) Wiederholt, bes. E. RG. 67 S. 153; 75 S. 215.
3) Konsequent OLG. Karlsruhe i. Rspr. d. OLG. 11 S. 324.
4) E. RG. 46 S. 79 (unten).

dass der Gesetzgeber für die Fälle, in denen ein unrichtiges Urteil vernichtet und somit seiner Wirkungen beraubt werden kann, so detaillierte Vorschriften gegeben hat, wenn man mit der Klage aus § 826 dasselbe Ziel erreichen könnte. Unerklärt bliebe insbesondere der Zweck der im Wiederaufnahmeverfahren statuierten kurzen Fristen: während die Restitutionsklage nach 5 Jahren, von der Rechtskraft an gerechnet, überhaupt unzulässig ist, könnte jedes dolos erwirkte unrichtige Urteil im Wege der Klage aus § 826, ohne dass die Voraussetzungen der §§ 579 ff. (Rechtskraft des Strafurteils usw.) auch nur annähernd erfüllt wären, hinsichtlich seiner Wirkungen illusorisch gemacht werden und dies unter Umständen (§ 852 Abs. 1 B.G.B.) binnen einer sechsfach so langen Frist, da die actio doli möglicherweise noch nach über 29 Jahren angestrengt werden kann. Die Vorschriften des vierten Buches der Z.P.O. wären aber auch überflüssig; denn jede Partei, die dem siegreichen Gegner misstraut und das Urteil als dolos erwirkt ansieht, würde — das wäre die Folge der Zulässigkeit der bekämpften Ansicht — den weit bequemeren und auch nach Ablauf der (in § 586 Abs. 2 Z.P.O. bezeichneten) fünf Jahre möglichen Weg der Deliktsklage aus § 826 einschlagen und das Urteil so aus der Welt zu schaffen suchen [1]). Damit zwingt sie den Richter, das Ergebnis vielleicht vieler Jahre und die Arbeit mehrerer Instanzen zu negieren und den

1) Gaupp Bem. IX, 2 zu § 322 S. 818.

ganzen Prozessstoff neu aufzurollen, ein Verfahren, das sie immer von neuem einschlagen und womit sie den Rechtsstreit verewigen könnte. Die weitere Folge würde sein, dass sich der Prozesssieger nie des errungenen Erfolges freuen könnte, da ihm noch 30 Jahre später die Einlassung in einen Prozess zugemutet werden könnte, den der Unterlegene mit der vielleicht völlig unbeweisbaren Behauptung, das Urteil des Vorprozesses sei erschlichen und habe einen Schaden verursacht, gegen ihn anstrengt. Gerade was das Wiederaufnahmeverfahren erstrebt, würde somit durch die actio doli vereitelt. Der Einwand, dass sich die actio doli nicht wie die Restitutionsklage gegen den Bestand des Urteils als solchen richte, sondern nur den durch seine Wirkungen entstandenen Schaden ausgleichen wolle [1]), ist ein Fehlschluss, weil, wie unten III. darzutun ist, die Klage aus § 826 ohne einen Verstoss gegen die Rechtskraft und damit gegen das Urteil selbst nicht möglich wäre. Das Reichsgericht will [2]) sogar beide Rechtsbehelfe (Restitutions- und Deliktsklage) neben einander zulassen; wenn es sagt, dass die Versäumung der ordentlichen Rechtsbehelfe (§§ 578 ff.) bei arglistigem Verhalten des Gegners nicht einmal als culpa concurrens des Geschädigten anzusehen sei, so verweist es diesen geradezu auf den Weg der Klage aus § 826 und macht

1) E. RG. 46 S. 80.
2) E. RG. 78 S. 394.

diese aus einem subsidiären Rechtsbehelf zu einem primären.

2) Die Ansicht, die Klage aus § 826, einer Klage des Zivilrechts, gegenüber einem Urteil einem Institut des Prozessrechts zuzulassen, steht auch, worauf Kleinfeller [1]) hingewiesen hat, im Widerspruch mit Art. 32 EG. BGB., nach dem die Vorschriften der Reichsgesetze (also auch der Z. P. O.) in Kraft bleiben, soweit nicht das BGB. sie (ausdrücklich) aufgehoben hat Das BGB. hat sich, wie auch die Gegner zugeben, [2]) jeder Regelung der Materie der Rechtskraft enthalten. Es hat. auch durch Schaffung des § 826, so allgemein man auch dessen Inhalt auffassen will, das Institut der Rechtskraft nicht tangieren wollen. Nur die Zivilprozessordnung hätte Platz für Vorschriften, nach denen die (unrichtigen) rechtskräftigen Urteile ausnahmsweise nicht ihre regelmässigen Wirkungen äussern sollten. Eine Klage des Privatrechts gegenüber einem Urteil für zulässig zu erklären, bedeutet eine durch nichts begründete Ueberschätzung privatrechtlicher Gedanken

III. Selbst wenn man aber die Voraussetzungen der actio doli für gegeben und sie trotz der bisher angeführten Bedenken für zulässig erachten wollte, würde ihre Durchführung an der materiellen Rechtskraft scheitern: zur Substantiierung der Klage müsste

1) Bl f. Rpfl. i. B. S. 1 ff

2) z. B. E. RG. Str. 34 S. 282.

Kläger beweisen, worin sein Schaden besteht. Dieser Nachweis ist in allen Fällen nur möglich unter Hinweis auf die Unrichtigkeit des Urteils und damit unter dem durch die materielle Rechtskraft ein für alle Mal verbotenen Bestreiten des gläubigerischen Anspruchs bezw. des Bestehens der deklarierten Tatsache oder des Rechtsgestaltungsrechts. [1]) „Die Rechtskraft schliesst nicht nur erneute Prüfung der materiellen Richtigkeit des Urteils, sondern auch den Einwand betrügerischer oder kollusiver Urteile aus". [2]) Die Rechtskraft verbietet diese „mittelbare Verneinung der festgestellten Rechtsfolgen" im zweiten Prozess [3]) Bei einer Klage aus § 826 müsste der Richter noch weiter prüfen, ob der im Vorprozesse Besiegte dem Kläger damals wirklich schuldete, [4]) eine Prüfung, der die Rechtskraft entgegen steht [5])

1) In richtiger Erkenntnis dieses Umstandes hat sich denn auch das Reichsgericht zu der Ansicht bekannt, dass „die Wirkungen der Rechtskraft eines Urteils da aufhören (oder „zessieren" [6]) müssen, wo

1) ebenso Hellwig, Pagenstecher, Hüssener und die andern unter den folgenden Noten zitierten Schriftsteller.

2) Mendelssohn Bartholdy a. a. O. S. 357.

3) Gaupp Bem. IX, 1, 2 zu § 322; vgl. Dalberg a. a O S. 37.

4) Pagenstecher: Rechtskraft S. 325.

5) Vgl. auch Schneider a. a. O. S. 38.

6) E. RG. 61 S. 365.

diese Rechtskraft bewusst rechtswidrig zu dem Zweck herbeigeführt ist, einem Unrecht den Schein des Rechts zu verleihen." [1] Begründet wird dieser Standpunkt mit dem viel erörterten Satz: „Die Rechtskraftwirkung vermag nicht den fundamentalen Rechtssatz ausser Kraft zu setzen, wonach die vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens verpflichtet." [2] Deshalb müsse man dem Unterlegenen in diesen Fällen einen Ausgleich für den erlittenen Schaden gewähren und es bestehe kein Bedenken, hierzu den § 826 bei seinem ganz allgemeinen Wortlaut heranzuziehen. [3]

2) Der Weg, auf dem das Reichsgericht [4] zu diesem Resultat gelangt ist, ist keineswegs ohne Widersprüche. Wenn es in Bd. 61 S. 365 heisst: „Die formale Rechtskraft des ergangenen Judikats steht der Anwendbarkeit des § 826 nicht entgegen" und sodann: „die Wirkung der Rechtskraft muss zessieren", so wird im zweiten Satz negiert, was im ersten ausgesprochen worden ist: Die Worte „muss zessieren",

1) E. RG. 78 S. 392.

2) E. RG. 46 S 79.

3) Der Ansicht des Reichsgerichts folgen: Kohler Z. Archiv 80 S. 193/4 u. sonst; Planck Bem. 2 f. zu § 826, Oertmann Bem. 4 g zu § 826. Dernburg DJZ 1905 S. 465 ff. Höniger: ebenda S. 1005, Seuffert Note 3 zu § 322, Staudinger Bem. 3, c, zu § 826 S. 1738, u. a.

4) Gemeint ist in diesem Zusammenhang durchweg das Reichsgericht und seine Anhänger. Das Reichsgericht hat die bekämpfte Auffassung am klarsten durchgeführt.

beweisen, dass die Rechtskraft eben doch der Anwendbarkeit des § 826 entgegen steht. Wenn ferner in Bd. 75 S. 217 gesagt wird, dass das Reichsgericht die Rechtskrafttheorie ablehnt, nach der „jeder nachfolgende Richter an den Inhalt des Judikats gebunden sei, dergestalt, dass eine anderweite Beurteilung des Falls ausgeschlossen sei," so scheint nach der Theorie des Reichsgerichts von der Rechtskraft letztere so geartet zu sein, dass sie durch eine Klage aus § 826 nicht berührt wird, also auch nicht zu „zessieren" braucht. Und doch wird dieser Satz, dass die Rechtskraft in diesem Falle zessieren müsse, in Bd. 78 S. 393 erneut ausgesprochen. Auf einen anderen Widerspruch hat Hamburger [1]) hingewiesen: Wenn das Reichsgericht betont, dass die actio doli nicht den Bestand des Urteils an sich in Frage stellen wolle, sondern lediglich einen „Ausgleich des durch dessen Bestand und dessen formelle Rechtsfolgen verursachten Schadens" herbeiführen wolle, so verstösst es mit der Anerkennung eines „Schadens" bereits gegen die Rechtskraft und damit gegen den Bestand des Urteils". Dieser Gedanke ist unten näher auszuführen.

3) Es zeigt sich deutlich, dass man hier, da „die Anfechtung des rechtskräftigen Urteils auf prozessualem Gebiete versagt", auf einem gewaltsamen Wege zum Ziel gelangen will. Die Rechtskraft muss „zessieren". [2])

1) a. a. O. S. 100 Note 57.

2) RG. E. 61 S. 363.

Dieser missverständliche Ausdruck wird in einer späteren Entscheidung [1]) dahin erläutert, dass die Rechtskraftwirkung „aufhören" müsse; dass die Bindung des Richters in diesen Fällen nicht einzutreten habe. Da, wie oben gezeigt wurde, weder das Urteil noch seine Wirkungen als ungeschehen betrachtet werden können, sondern vorhanden sind, bis sie formell beseitigt worden sind, erscheint dieser Gedanke unmöglich. Die Theorie vom „Zessieren der Rechtskraftwirkung" wird nur verständlich, wenn man diesem Ausdruck die Bedeutung beilegt, dass der Richter im zweiten Prozess die Rechtskraft nicht berücksichtigen, ignorieren [2]) soll. Die grundlegende Entscheidung Band 61 S. 359, welche gerade diesen Satz hervorhebt, enthält in sich einen Widerspruch; wenn es heisst: „Die Rechtskraft muss da zessieren, wo sie bewusst rechtswidrig zu dem Zweck herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben", so ist die Behauptung des Nachsatzes gerade das Streitige, das, was durch die Rechtskraft der Nachprüfung entzogen sein soll, was ohne Ignorierung der Rechtskraft garnicht behauptet werden kann. Wenn das Reichsgericht in diesem Nachsatz konstatiert, dass das Urteil erschlichen ist, so hat es damit die Rechtskraft schon ignoriert, die die Feststellung einer solchen Tatsache

1) RG. E. 78 S. 392.

2) Diesen Ausdruck braucht schon Kohler: Z. Archiv 80 S. 193: „Unter ausnahmsweiser Ignorierung der res iudicata".

gerade verbietet. Der angeführte Satz lautet danach in Wirklichkeit: Die Rechtskraft muss da zessieren, wo sie zessiert. Das ist natürlich nicht gemeint. Vielmehr soll der Richter in den Fällen, in denen ein Urteil arglistig erschlichen ist, die Rechtskraft unberücksichtigt lassen. Ueber die Tragweite dieses Gedanken ist unten (unter 6) zu sprechen.

4) Die Zulässigkeit der actio doli ist weiter unvereinbar mit der vom Reichsgericht vertretenen Theorie der materiell-rechtlichen Rechtskraftwirkung. Denn vom Standpunkt dieser Ansicht aus wurde durch das unrichtige rechtskräftige Urteil materielles Recht erzeugt. Es ist unverständlich, wenn man behauptet, dass ein und derselbe Staat zuerst durch sein Urteil ein materielles Recht z B. einen Anspruch auf eine Geldleistung schafft und dann dessen Geltendmachung als eine gegen die guten Sitten verstossende Handlung verbietet. Eine solche Auffassung stempelt die staatliche Rechtspflege zu einer Farce und bestätigt von neuem die Unrichtigkeit der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie.

5) Endlich besteht ein durch nichts gerechtfertigter Widerspruch darin, dass das Reichsgericht trotz der Rechtskraft zwar die Klage aus § 826 für zulässig erklärt, aber die Rückforderungsklage aus § 812 BGB. konsequent mit der Begründung ablehnt, dass ihre Anwendbarkeit durch die Rechtskraft präkludiert werde.[1]) Der Einwand, dass die condictio indebiti privatrechtlicher

1) Ebenso Ahrendts a. a. O. S. 56.

Natur und daher gegenüber der publizistischen Rechtskraft unzulässig sei — was von dem hier vertretenen Standpunkt aus durchaus zutrifft — kann vom Reichsgericht nicht erhoben werden, da die von ihm zugelassene Klage aus § 826 auch privatrechtlicher Natur ist. Wenn es nach der rechtlichen Natur der condictio „geschehen muss", dass das im ersten Prozess zugesprochene Recht „durch einen neuen Prozess in Frage gestellt wird," [1]) so gilt dieser Satz in gleicher Weise für die actio doli. Es ist auch nicht einzusehen, warum der vom Reichsgericht gekennzeichnete „Fundamentalsatz" aus § 826 wichtiger sein sollte, als etwa der Satz, das sich niemand auf Kosten eines andern ohne rechtlichen Grund bereichern darf; der „rechtliche Grund" ist bei beiden Rechtsbehelfen derselbe. Wenn man das Verhalten des Prozesssiegers gegenüber der condictio als gerechtfertigt ansieht, kann und darf man es gegenüber der Klage aus § 826 nicht als unzulässig und sittenwidrig bezeichnen. Das Verhalten des Gläubigers bei der Vollstreckung ist eben nicht rechtswidrig, sondern rechtmässig, [2]) und auffällig erscheint es, dass das Reichsgericht im Zusammenhange mit der Klage aus § 826 den Ausdruck „Kondiktion" gebraucht;[3]) unbewusst hat es hier den inneren Zusammenhang der

1) E. RG. 1 S. 95.

2) Dalberg a. a. O. S. 20 — Pagenstecher Rkr. S. 404 ff.

3) E. RG. 61 S. 365.

Schadensersatz- und der Bereicherungsklage zum Ausdruck gebracht.

6) Es bleibt endlich noch zu erwägen, ob überhaupt ein Rechtsgrund besteht, aus dem die Anwendung der Klage aus § 826 erforderlich erscheint. Als solchen bezeichnet das Reichsgericht den privatrechtlichen Fundamentalsatz, dass „die vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichte“ [1]). Dieser Satz sei so schwerwiegend, dass er auch durch die Rechtskraft nicht ausser Kraft gesetzt werden dürfe. „Wenn die Tatsache und die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils gerade durch eine widerrechtliche Handlung geschaffen worden seien . . , so könne dem hierdurch geschädigten Gegner ein Schadensersatzanspruch nicht versagt werden“ [1]). Der Gedanke habe in diesen Fällen über die Form erhaben zu sein; nur so ist der weitere Satz erklärlich: „So ist diese ihre Handlungsweise eine wenn nicht strafbare, so doch jedenfalls, trotz des ihnen zur Seite stehenden formellen Titels unerlaubte, gegen die guten Sitten verstossende und rechtswidrige“ [2]).

Die Sätze klingen sehr einleuchtend und einwandfrei. Aber es fehlt ihnen in diesem Zusammenhange an einer, jedesmal stillschweigend hinzugesetzten Voraussetzung: dem „Schaden“. Wenn das Urteil als staatliche

1) RG. E. 46 S. 79.
2) RG. E. 46 S 81.

Willensäusserung auf prozessualem Gebiete wie dargelegt nur wegen der schwerwiegensten Bedenken noch beseitigt werden kann, so liegt dem der Gedanke zu Grunde, dass das Gesetz, falls diese Voraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen, den damit entstandenen Rechtszustand billigt. Auch das unrichtige Urteil gilt von nun an als richtig [1]). Ist ein Recht durch Verschweigen erloschen oder kann es nicht mehr geltend gemacht werden, weil die dazu bestimmte Ausschlussfrist verstrichen ist, so ist der damit eingetretene Rechtszustand ein vom Recht gewollter, und jeder Protest dagegen, mag er auch materiell noch so begründet erscheinen, ist unmöglich. Von einem Schaden im Rechtssinne kann man aber nur dann sprechen, wenn die ungünstige Veränderung der Rechtslage einer Person eine vom Gesetz missbilligte ist. Tritt eine Vermögensveränderung kraft Rechtens ein, so ist kein „Schaden" im Rechtsinne entstanden [2]). Ist also die für das Wiederaufnahmeverfahren gesetzte Ausschlussfrist — und das ist die Notfrist des § 586 Z. P. O. — abgelaufen, so ist der eingetretene Rechtszustand damit vom Gesetz gebilligt;

---

1) Jellineck spricht — a. a. O. S. 194 — auch von einer Fiktion, aber in dem Sinne, dass das frühere Urteil das Gericht zwingt „so zu entscheiden, wie wenn es nur ausspräche, was schon war" (also rückwirkende Fiktion)

2 Dieser Gedanke wird angedeutet bei Gaupp: Bem. IX, 2 zu § 322 und I, zu § 287 (S. 710).

da er kraft Gesetzes aus Gründen des Gemeinwohls 1) (Rechtssicherheit, Beschleunigung des Verfahrens usw.) eingetreten ist so liegt objektiv kein Schaden vor, der geeignet wäre, gemäss § 249 BGB ausgeglichen zu werden. Der Schuldner, der ein gegen ihn erlassenes rechtskräftiges unrichtiges Urteil mit gesetzlichen Mitteln nicht mehr zu beseitigen vermag, ist nicht „geschädigt"; der eingetretene Zustand ist etwas, was das Gesetz gewollt hat 2), weil es das Institut der Rechtskraft geschaffen hat; zu ihren Gunsten sollen auch unrichtige Urteile mit in Kauf genommen werden.

IV. Ergebnis. Es hat sich gezeigt, dass die Klage aus § 826 weder begründet noch zulässig ist, und dass das vom Reichsgericht ausgesprochene Gebot, die Rechtskraftwirkung müsse zessieren, dem Sinne des Gesetzes widerspricht. In diesem Gebot liegt eine nicht zu unterschätzende Gefahr für das gesamte Rechtsleben: es verkennt die hohe Bedeutung der Rechtskraft und ist gleichbedeutend mit der Proklamation einer Rechtsunsicherheit. Zweck der Rechtskraft ist, endliche Rechtsgewissheit zu schaffen. Der Richter soll weniger Recht sprechen, als Frieden stiften und Streit beseitigen.

1) Bülow: Z Archiv 83 S. 67 Note 71 a. E. Der Gedanke findet sich wiederholt in den Digesten, z. B. D. 36, 1 l. 65 § 2; D. 39. 3 l. 2 pr.

2) Vgl. E. RG. Str. 26 S. 307: „weil der etwaige durch die Vollstreckung eintretende benachteiligende Erfolg als gesetzlich notwendige Folge" der selbstverschuldeten Unterlassung zweckentsprechender Verteidigung anzusehen ist.

Dies geschieht zwar auf der Grundlage des Rechts. Der Instanzenzug soll die grösstmögliche Gewähr gerechter Entscheidung bieten; andrerseits weisen die kurzen Rechtsmittelfristen darauf hin, dass dem Streit ein Ende zu machen sei. Der Staat, sagt Bülow [1]) kann den Widerstreit nicht vernichten, sondern nur dafür sorgen, dass er nicht in einer gemeingefährlichen Weise zum Austrag kommt. Er verbietet die der Rechtsordnung Gefahr bringende Selbsthilfe. Dem Ziel der Rechtskraft widerspräche es, wollte man den Streit von neuem entfachen. Man käme dann zur „Negation aller wirklich geltenden Rechtsordnung". [2]) Nur in den wenigen, eng umgrenzten Fällen des Wiederaufnahmeverfahrens, in denen man den Parteien den Frieden nicht aufzwingen will, weil die Garantie der Gerechtigkeit eine zu geringe wäre, ist die Rechtskraft (zusammen mit dem Urteil) ausnahmsweise vernichtbar. Dass de lege ferenda eine Ergänzung dieser Fälle wünschenswert ist, wird allgemein anerkannt. [3]) De lege lata ist das Ergebnis nicht zu beseitigen. Die grosse Bedeutung der Rechtskraft liegt in der in ihr enthaltenen Rechtssicherheit; deshalb ist ihre Beseitigung so erschwert. Die Vorschriften der § 579 ff. Z. P. O. haben die Fälle, in denen ihre Beseitigung

1) Z. Archiv 83 S. 67.

2) Bülow: Z. Archiv 62 S. 90.

3) Hüssener a. a. O. S. 47, Hamburger a. a. O. S. 112.

möglich ist, erschöpfend geregelt. „Es bedürfte einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, wenn gewisse Arten von Einwendungen einem rechtskräftigen Urteil gegenüber nachträglich zugelassen werden dürfen.“ [1])

Aus den eingehenden Bestimmungen der §§ 578 ff. einerseits, dem Fehlen jeder weiteren Vorschrift andrerseits ergibt sich, dass niemals allgemeine Rechtsgedanken des Privatrechts die Kraft haben können, die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils ausser Kraft zu setzen. Es mag zugegeben werden, dass oft grosse juristische Lehren zuerst im bürgerlichen Recht aufgetaucht und erst dann im öffentlichen Recht übernommem sind; [2]) hier würde eine solche Uebertragung privatrechtlicher Ideen zu einer Gefahr für die Rechtssicherheit werden. Diese Gefahr ist um so grösser, als allgemeine Rechtsgedanken, die wegen ihrer Unbestimmtheit mehr wie sonstige Rechtssätze den wechselnden Anschauungen der Zeiten unterworfen sind, wie natürliches Rechtsgefühl, [3]) fundamentale Rechtswahrneit, gute Sitten usw., einem Institut wie die Rechtskraft es ist, gegenüber in Erwägung gezogen werden sollen. Es ist deshalb sehr bedenklich, den § 242 BGB. bedingungslos auch auf das Prozessrecht auszudehnen, [4]) ohne dessen Besonderheiten Rechnung zu tragen, und

1) Bayer. Oberstes LandesG. im S A 47 S. 470 ff.
2) K o h l e r Z. Archiv 97 S. 13.
3) D e r n b u r g DJZ. 1905 S. 465 ff.
4) So R e h b e i n: Bd. 2 S. 13 unten

unter Berufung auf den dort ausgesprochenen Gedanken die Klage aus § 826 rechtfertigen zu wollen. Freilich sollen Treu und Glauben das Rechtsleben beherrschen, aber die Mittel und Wege, auf denen dieser Gedanke zu verwirklichen ist, zeichnet das Gesetz vor und hat es gegen unrichtige Urteile in den §§ 578 ff. Z. P. O. ausführlich geregelt.

Es mag richtig sein, dass es sich in den Fällen rechtskräftiger, materiell unrichtiger Urteile — Hellwig hat sie [1]) treffend als pathologische Fälle bezeichnet, — um zwei hohe Rechtsgüter handelt, nämlich Lauterkeit des Rechtslebens und Rechtskraft, zwischen denen man sich prinzipiell zu entscheiden hat. [2]) Das Gesetz hat die Entscheidung zugunsten der Rechtskraft gefällt. Sie steht über dem vom Reichsgericht angeführten Fundamentalsatz; das ergibt sich aus ihrem Zweck. Wir brauchen in den Fällen, in denen die Rechtskraft einmal Unrecht deckt, kein falsches Mitleid zu haben. [3]) Die Rechtskraft verbürgt eben nicht die Richtigkeit des Urteils, sondern bedeutet nur dessen Unbestreitbarkeit. [4]) Sie ist „eine harte Notwendigkeit". [5]) ohne die wir nicht auskommen, und das rein menschliche Empfinden darf die juristische Betrachtung nicht trüben.

---

1) Klagrecht S. 93.
2) Dernburg: DJZ. 1905 S. 465 ff.
3) Hellwig: Recht 1910 S. 721, vgl. auch System S. 785.
4) Hellwig: Klagrecht S. 93.
5) Gaupp: Bem. IX. 2 zu § 322 S. 818.

Ein den Streit abschliessendes falsches Urteil ist in den meisten Fällen noch erträglicher als ein endloser Streit. [1]) Die Rechtskraft ist bei einem unrichtigen Urteil das kleinere Uebel gegenüber „der lähmenden Wirkung endloser Ungewissheit." [2]) Sie darf nicht und kann nicht „zessieren". Den Richter auffordern, die Rechtskraft zu ignorieren, bedeutet geradezu, den Richter auffordern, das Gesetz nicht anzuwenden. Eine solche Entscheidung, die zu unpraktischen und gefährlichen Ergebnissen führt, kann nicht richtig sein.

Es gibt kein Zessieren der Rechtskraft.

---

1) Dalberg: a. a. O. S. 16.

2) Fischer JJ. 40 S. 158/9. — Gaupp I S. 804 unten II, 4.

# Literaturverzeichnis.

## Abkürzungen:

Z = Zeitschrift für deutschen Zivilprozess.
Z. Archiv = Archiv für die zivilistische Praxis.
D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
J. W. = Juristische Wochenschrift.
S. A. = Seufferts Archiv
J. J. = Jherings Jahrbücher.

---


Ahrendts: Die materielle Rechtskraft, ihre Wirkung und ihre sittenwidrige Ausbeutung. Jena 1909.

Bülow: Geständnisrecht 1899.

„ Klage und Urteil, in Z. 31.

„ Absolute Rechtskraft, in Z. 83.

„ Lehre von den Prozesseinreden und -voraussetzungen.

„ Zivilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten, in Z. Arch. 62.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts Bd. 2 1902.

Dalberg: in Z. 40.

David: in Z. 20.

Degenkolb: Beiträge zum Zivilprozess 1905.

Dernburg: Ausbeutung der Rechtskraft u. s. w. in DJZ. 1905.

„ Preußisches Privatrecht Bd. 1 V. Aufl. 1894

„ Pandekten (Herausgeg. v. Salkowski) VIII. Aufl. 1912.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, IX. Aufl. 1903.

Engelmann: Der Zivilprozess. Geschichte u. System.

Entscheidungen des Reichsgerichts
in Zivilsachen (E. RG.) Bd. 1, 26, 36, 38, 43, 46, 61, 63, 67, 75, 78,
in Strafsachen (E. RG. Str.) Bd. 26, 34.

Fischer: Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft in JJ. 40.

Fitting: Lehrbuch des Reichszivilprozessrechts.

„ Folgen von Mängeln des Verfahrens, in Z. 11

Förster: Die Zivilprozessordnung. Kommentar III. Aufl.

Gaupp-Stein: Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 1 X. Aufl. (Stein); Bd. 2 VIII/X. Aufl. 1906 cit. Gaupp.

Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung.

Görres: Ueber das Verschulden im Prozess, in Z. 34.

Hamburger: Die Ausbeutung der Rechtskraft. 1909

Heldmann: Ueber die heutige Anwendung der Judikatsklage, in Z. 2.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozessrechts 1912

„ Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 3 Bde. 1903 ff.

„ Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft 1901.

„ Klagrecht und Klagmöglichkeit 1905 (cit. Klagrecht).

„ Anspruch und Klagrecht 1900 (cit Anspruch)

„ im „Recht" Bd. 14 S. 713 ff.

Hölder: Ueber Ansprüche und Einreden, im Z. Arch. 93.

Höniger: in DJZ 1905 S. 1005.

Hüssener: in „Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts“ 1906 S. 45.

Jellineck: Der fehlerhafte Staatsakt 1908.

Kipp: in Windscheids Pandekten Bd. 1, 1906.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts II. Aufl. 1910.

„ in Bl. f. Rpfl. i. B. 1906 S. 1 ff.

Klöppel: Die Einrede der Rechtskraft 1882.

Kohler: Zivilprozessrecht in Encyklopädie Bd. 2, 1904

„ Prozess als Rechtsverhältnis 1888.

„ Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1, 1906

„ bürgerlich- und prozessrechtliche Elemente im Prozess usw. in Grünhuts Zeitschrift für das gesamte öffentliche Recht (Grünhut) Bd. 33.

„ Ueber exekutorische Urkunden, in Z. Arch. 72

„ Ungehorsam und Vollstreckung usw. in Z. Arch. 80.

„ Ueber die Grundlagen des Zivilprozesses, in Z. Arch. 97.

„ Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung in Z. 29.

Kuttner: Privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurteile 1908.

Langheineken: Der Urteilsanspruch 1900.

Leyserson: in Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17

Mandry-Geib: Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 1899.

Marcus: Subjektive Grenzen der Rechtskraft 1896.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts V. Aufl. 1910.

Mayer, K.: Anspruch und Rechtskraft 1896.

Mendelssohn-Bartholdy: Grenzen der Rechtskraft 1900.

Michel: Ueber die absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen 1906.

Motive zum BGB. Bd. 1.

Neucamp: Handkommentar zur ZPO. 1911.

Nussbaum: Prozesshandlungen, in Fischers Abhandlungen Bd, 17.

Oertmann: Kommentar zum BGB. Bd. 2. III/IV. Aufl. 1910.

Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 1905.

„ Die praktische Bedeutung des Streits über das Wesen der Rechtskraft, in Z. 37.

„ in JW. 1908 Nr. 6.

Petersen: Kommentar zur ZPO. V. Aufl. 1904

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. 2, 1903.

Puchta: Cursus der Institutionen 1893 Bd. 1.

Rechtssprechung der Oberlandesgerichte (Rspr) Bd. 11.

Rehbein: Kommentar zum BGB. Bd. 2 1903.

Rintelen: in Z. 9.

Savigny: System des heutigen röm. Rechts 1841 ff.

Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 1906.

Schneider: Treu und Glauben im Zivilprozess 1903.

Seckel: in der Festgabe für Koch S. 251 ff. 1908.

Seuffert, L: Kommentar zur ZPO. IX. Aufl. 1910.

Sintenes: Der simulierte Prozess, in Z. 30.

Skedl: in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14.

Schwalbach: Wiederaufnahme d. Verf. usw in Z. Arch. 63.

Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. 2, VII/VIII Aufl. 1912.

Struckmann: Kommentar zu ZPO. IV. Aufl. 1910.

Weismann: Lehrbuch des Zivilprozessrechts 1903 Bd. 1.

Wach: Vorträge über den Reichszivilprozess 1896.

„ Handbuch d. deutschen Zivilprozessrechts Bd. 1 1885.

„ der Rechtsschutzanspruch, in Z. 32.

Wach-Laband: Zur Lehre von der Rechtskraft 1899.

Wendt: Die exceptio doli generalis usw. in Z. Arch, 100.

Wilmowski-Levy: Kommentar zur ZPO. VII. Aufl. 1895.

Zitelmann: Ausschluss der Rechtswidrigkeit in Z. Arch. 99.